

جامعة الجزائر

كلية الحقوق

التعسف في استعمال الحق و علاقته بالمسؤولية المدنية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير

تخصص العقود و المسؤولية

إعداد: **الطالب: عبد الرحمن مجوبي**		**إشراف:** **الدكتور: علي فيلالي**

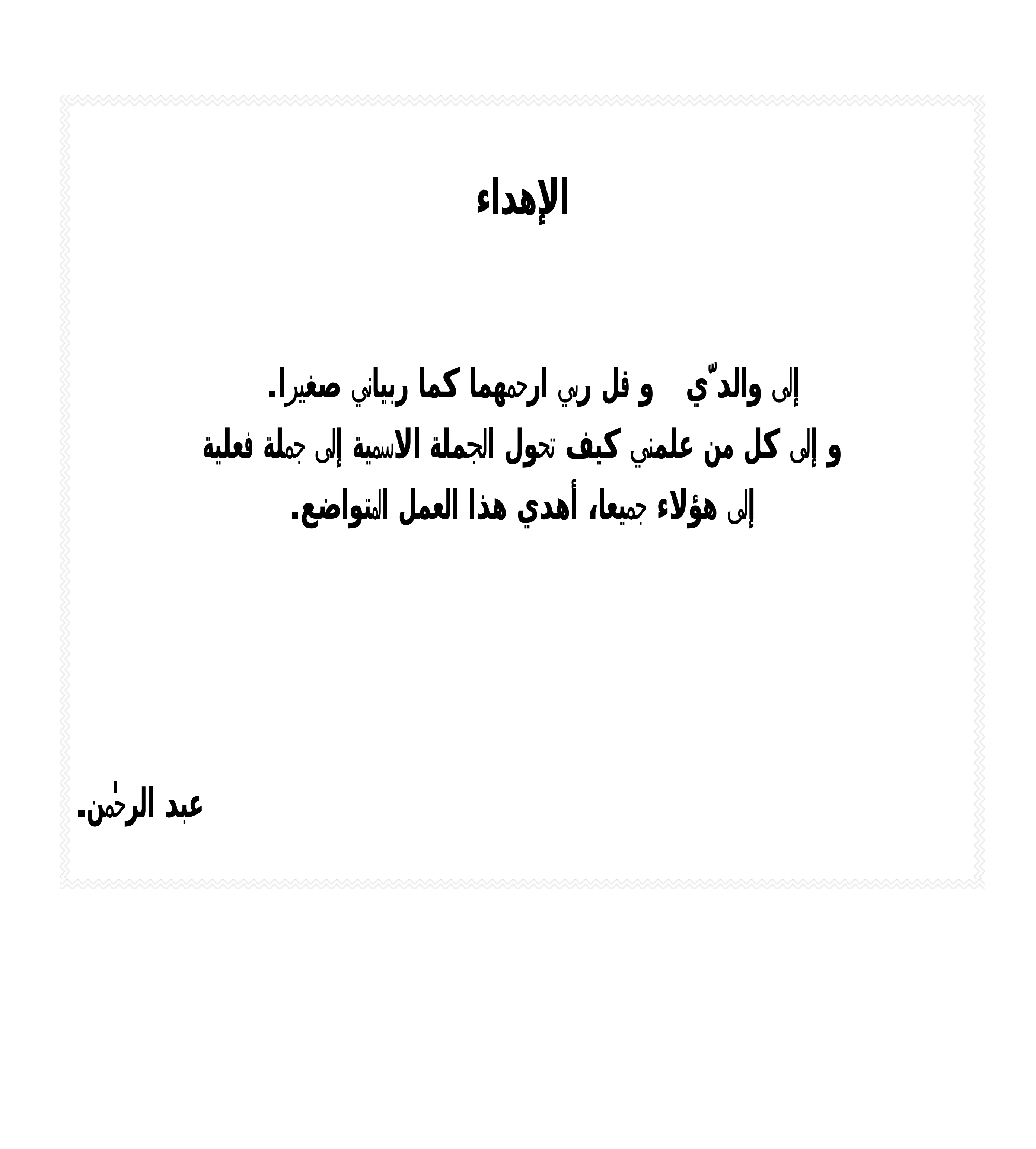
أعضاء لجنة المناقشة:

الدكتور .... رئيسا

الدكتور .... مقررا

الدكتور...................... عضوا

السنة الجامعية 2006/2005



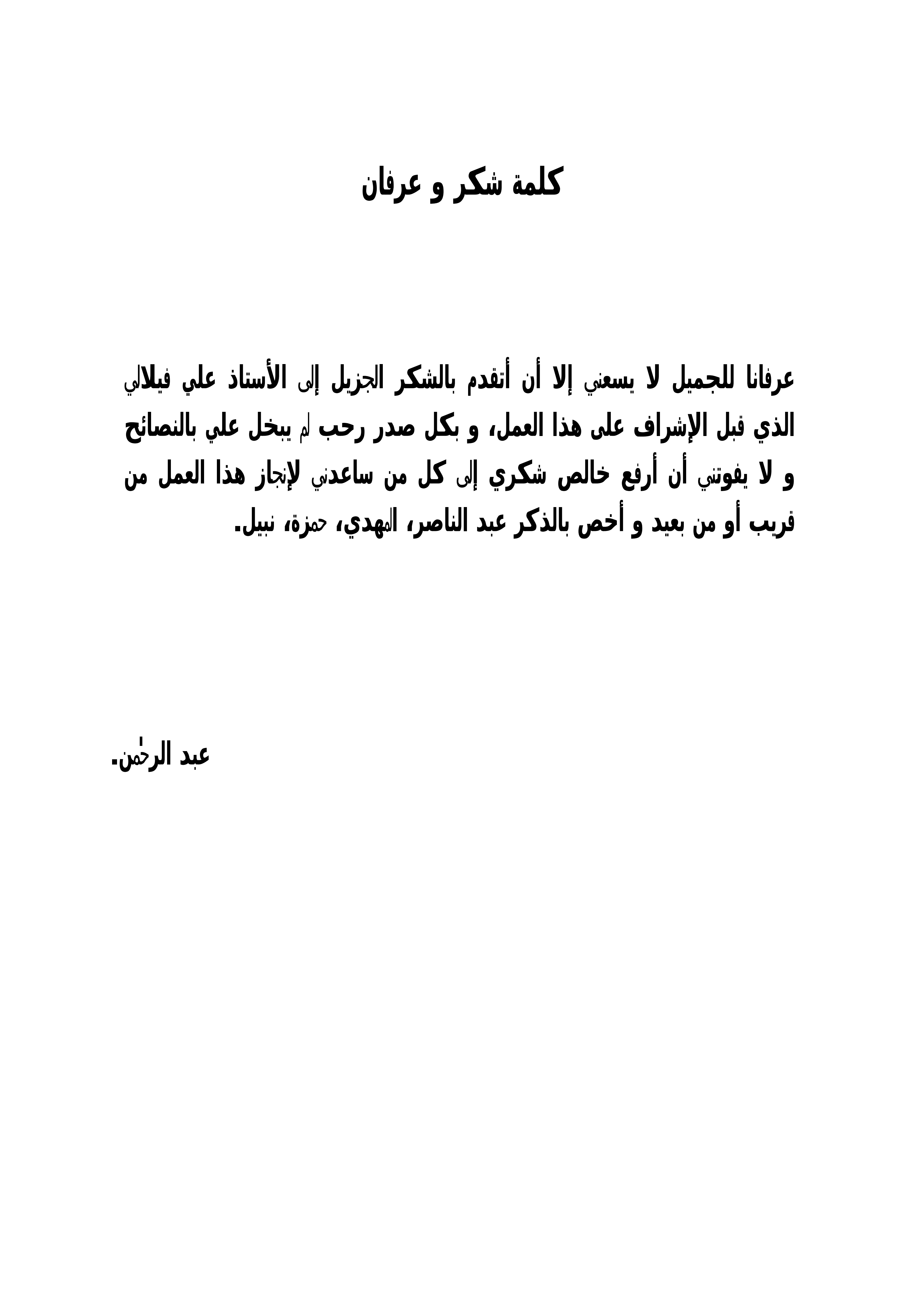
الإهداء

إلى والديّ و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا.

و إلى كل من علمني كيف تحول الجملة الاسمية إلى جملة فعلية

إلى هؤلاء جميعا، أهدي هذا العمل المتواضع.

عبد الرحمن.



كلمة شكر و عرفان

عرفانا للجميل لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ علي فيلالي الذي قبل الإشراف على هذا العمل، و بكل صدر رحب لم يبخل علي بالنصائح و لا يفوتني أن أرفع خالص شكري إلى كل من ساعدني لإنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد و أخص بالذكر عبد الناصر، المهدي، حمزة، نبيل.

عبد الرحمن.

بسم الله الرحٰمن الرحيم

ود كثير من أهل الكتاب لو يردونكم من بعد إيمانكم كفارا حسدا من عند أنفسكم من بعد ما تبين لهم الحق فاعفوا و اصفحوا حتى يأتي الله بأمره إن الله على كل شيء قدير

البقرة 109

بسم الله الرحٰمن الرحيم

و قل اعملوا فسيرى الله عملكم و رسوله و المؤمنون و ستردون إلى عالم الغيب و الشهادة فينبئكم بما كنتم تعملون

التوبة 105

المقدمة:

إن الإنسان مدني و اجتماعي بطبعه فهو لا يستطيع العيش إلا في خدمة الجماعة من جهة و يعمل دائما و جاهدا للحصول على المتعة الشخصية من جهة أخري حتى و لو كان ذلك على حساب الجماعة.

هذا ما أدى با مع إلى التفكير في نظام يتحدد من خلاله دور الفرد بتبيان ما له من الحقوق و ما عليه من الواجبات اتجاه الجماعة و وسيلة تحقيق هدا النظام هو القانون.

فالقانون إذن من هذا المنطق هو مصدر حقوق الأفراد و واجبا م فكل حق لشخص يقابله واجب على شخص آخر بأدائه أو بعدم التصرف فيه و عليه نجد أن الحق أو فكرة الحق تشكل قطبا رئيسيا في مجال الدراسات القانونية .

هذا ما أدى برجال الاجتماع و الاقتصاد و السياسة إلى الاهتمام و الاشتغال ذه المسألة على غرار رجال الفكر القانوني و ذلك بالنظر إلى تطور الحياة في شتى ا الات نتيجة الانقلاب الهائل في الصناعة و التكنولوجية و وسائل إنتاجها.

فكان لذلك صدارة خاصة في الفكر القانوني أين برزت و تجلت للجميع ضرورة نقض فكرة الحق المطلق و التي مفادها اعتبار الحقوق بمثابة امتيازات طبيعية للفرد.

كما جاء ذلك على لسان BEUDANT بقوله :

«Le droit est une propriété inhérente à la nature humaine : il dérive pour l’homme des besoins légitimes et des aspiration s de son être, de sa fin, en d’autre termes il se comprend avec la liberté humaine dont il n’est que la dérive ou l’application» BEUDANT (1).

فهذا التطرف الفكري أدى إلى فوضى عارمة في ا تمع الواحد و إلى خلق طبقة متنافرة و شاع الاستغلال الجشع و التسلط القاهر مما استوجب الأمر إلى إعادة النضر في مسالة استعمال الحق و ذلك من خلال تقييده و جعله يتماشى و التطلعات الاجتماعية.

---

(1): jean charmont, revue trimestriel de droit civil. T2 1902, librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, ancienne maison La rose et Forcel p120.

فالقاعدة القانونية لم تعد الإطار الذي ينظم العلاقات فيما بين الأشخاص خارج الانتماء الاجتماعي فحسب بل أصبحت ألان تمثل و تشكل قانون الجماعة أو ا موعة و ذلك بإظهار شروط التعايش بتبيان حقوق و واجبات الأفراد داخل ا موعة الواحدة. (1)

و لقيت هذه الأفكار رواجا كبيرا في بداية القرن التاسع عشر تحت تأثير المذاهب الجماعية المتمثلة في مذهب التضامن الاجتماعي و المذهب الاشتراكي و إن كان الفقه الإسلامي قد سبق هذه المذاهب في هذا ا ال كونه فقها مبنيا أساسا على فكرة العدل المتمثل في إعطاء كل ذي حق حقه.

فلقد عمدت هذه كل هذه المذاهب إلى تحديد معنى الحق ، طبعا وفق المبادئ و الأيديولوجيات المعتنقة من جانب كل مذهب ، إلا أن جلها يتفق حول مسالة وجوب تقييد الحق المطلق و ذلك بالابتعاد عليه و تبني مفاهيم أخرى تظهر الجانب الاجتماعي للحق أو ما يعرف بالوظيفة الاجتماعية للحق.

فالحق الخاص لم يعد مجرد ميزة للفرد ، بل أصبح الفرد من خلال هذا الحق بمثابة تأدية وظيفة اجتماعية أجل تحقيق خير الجماعة بأسرها، و على هذا النحو فان القانون يحميه و إذا ما حاد عن الغرض الذي من اجله منح له الحق فقد حماية القانون له،بل واستحق الجزاء لتعسفه في استعمال حقه. (2)

و هكذا ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق بالصورة التي عليها ألان و إن كانت هذه النظرية قد تجدرت عبر التاريخ مرورا بالقانون الروماني فلقد كان هذا الأخير مشبعا بالروح الفردية، فلم تظهر فيه النظرية بوضوح حيث كانت تسود القاعدة التي تقول:

« Nemine; loedi qui suce ure utiture » أي من استعمل حقه استعمالا قانونيا لا يكون مسؤولا مهما ترتب عليه ضرر للغير (3) ،و كذاك قاعدة من استعمل حقه فما ظلم.

---

(1) : Jean Dabin, La règle de droit p 19.

(2): محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، 3 شارع زيروت يوسف ، وحدة الرغاية الجزائر، 1985، ص304 .

(3) : د علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ط6، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005 ص 210.

و رغم كل هذا فلقد وجد في هذا القانون بعض الحلول أو بعض التطبيقات لفكرة التعسف على نحو ضيق أين يقيد فيها الحق فقط في حالة منع الإضرار.

و من هذه التطبيقات نذكر منها ما ورد بخصوص حق الملكية ، حيث كان لا يجوز بالرغم من إطلاق هذا الحق استعماله بنية الإضرار بالغير حيث قال الفقيه ulpien« انه يجوز للمالك القيام بعمل حفر في أرضه من شا ا قطع العروق النابعة في عين لجاره ،و ليس للجار أن يرفع عليه دعوى الغش ما دام لم يقصد من هذا الحفر الاضرار به.

أي أن التعسف في استعمال حق الملكية كان متصورا على نحو ضيق و معياره كان محصورا في نية الإضرار بالغير أي معيارا شخصيا (1) ، و ذالك أن القانون الروماني قائم في أساسه على الحق المطلق و ما التطبيقات الموجودة فيه إلا تكريسا لمبدأ الإنصاف و قواعد العدالة. (2)

أما فيما يخص القانون الفرنسي سواء القديم أو قانون 1804 فقد كان متأثرا بالقانون الروماني و عليه لم يرد فيه الشيء الكثير عن نظرية التعسف في استعمال الحق إلا انه عرفها كفكرة جرت ا أقلام الفقهاء فقد ذهب Pothier إلا انه لايجوز للمالك أن يعمل عملا مضرا بالجار و منقضا لالتزامات الجوار .أي أن استعمال حق الملكية يحده حق الجار. (3)

بالإضافة إلى هذا فان القضاء الفرنسي في ضل قانون 1804 المشبعة نصوصه بروح المبادئ الفردية individualisme لم يتواري على فرض رقابة على استعمال الحقوق آخذا بموجبات التضامن الاجتماعي للحد من صرامة النصوص، و قد ساعد على ذالك كما أسلفنا ما قام به الفقه من مقاومة قوية في وجه استعمال الحق بنحو يتضمن إساءة عمدية أو ينطوي على استعمال غير عادي للحقوق.

---

(1) : أنور سلطان ، مجلة القانون و الاقتصاد ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية. العدد 2 ص79

(2): فتحي الذريني: نظرية التعسف في استعمال الحق ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان ، الطبعة 2 ،1977 ، ص 295 .

(3): أنور سلطان، المرجع السابق. ، ص80 .

و عليه فان نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي ما هي إلا امتداد لما جاء به القانون الروماني و الذي يحد من مثل هذه المبادئ لكونه مشبع بالروح الفردية عكس التشريع الإسلامي الذي عرف هذه النظرية بصفة اشمل.(1)

و كيف لا يتصور وجود هذه النظرية في الشريعة الإسلامية و هي الشريعة التي تأمر بالبر و الإحسان و تنهى عن التعسف و تعتبره خطيئة مخالفة للدين و الأخلاق.

فلقد حمل التشريع الإسلامي على الموازنة بين الحق الفردي و حق المجتمع(2)، ابتعادا عن ما ذهب إليه المذهب الفردي و مذهب التضامن الاجتماعي من غلو و تطرف ، بحيث عمد فقهاء الشريعة الإسلامية على تكريس هذه النظرية في الواقع العملي و ذلك من خلال أحكام القرآن الكريم و السنة المطهرة و اجتهاد الصحابة و ما وصل إليه فقهاء الشريعة ضمن الأصول التشريعية و القواعد الفقهية .

فلقد تضمن القران الكريم أحكام عديدة تؤيد و تعزز النظرية، و جاءت هذه الأحكام ضمن مختلف المجالات سواء منها ما يتعلق بالآسرة أو المعاملات كالتجارة ، قال تعالى : «**و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده**». البقرة 233.

فالآية الكريمة تدل على أن الأم هي أحق من غيرها و أولى في رضاعة ولدها في الحولين ، لان لبن الأم أصلح وشفقتها على ولدها أكمل ، وبالتالي فليس للأب أو الوالد أن يضارها فينتزع الولد منها إذا رضيت بإرضاعه كما جاء في الآية الكريمة « لا تضار والدة بولدها »(3) ، لما ينطوي عليه هذا الاستعمال من تعسف.

و كذلك الأمر بالنسبة للام المطلقة و التي قد انتهت عدتها ، فليس لها أن تطلب أجرا على الرضاع إذا كان غيرها يرضع مجانا و ذالك منعا للإضرار بالأب، لأنها في هذه الحالة تقصد المضار فدفعها لذالك يعطي الولد لغيرها لإرضاعه.

---

(1) : حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية، الطبعة الثانية1979،دار المعارف.

(2) : اتفق الأصوليون و الفقهاء على أن التشريع الإسلامي قائما أساسا على نوعين من الحقوق الأول: حق الله أي حق المجتمع، و الثاني: حق العبد أي حق الإنسان الفرد.
و هذان الحقان يعبران عن القيمة المحورية التي يدور على التشريع الإسلامي كله.

(3) : مختصر تفسير الطبري ، بتحقيق الشيخ محمد علي الصابوني و الدكتور أحمد صالح رضا ، المجلد الأول ، مكتبة رحاب، الجزائر، ص 74 .مع الهامش رقم (1).

وفي هذا الحكم توفيق بين مصلحة الطفل في تغذيته و مصلحة الأب في عدم إلزامه بأجر معين مع وجود متبرعة، و ليس في ذلك إضرارا بالأم لأنه في حضانتها، هذا و يحرم أيضا على الأم أن تأبى إرضاع ولدها إضرارا بابيه « **ولا مولود له بولده** » فترفض إرضاعه لا لشيئ إلا لتضر أباه بتربيته(1). و بذلك تعتبر هذه الآية أصلا من أصول النظرية في التشريع الإسلامي.

و قال تعالى « **فإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا و من يفعل ذلك فقد ظلم نفسه** » البقرة 231

فالآية في منتهى الصراحة في منع التعسف إذ لا يجوز للزوج أن يستعمل حق المراجعة بقصد الإضرار بزوجته، فالفعل مشروع لا تحل مباشرته إذا قصد به قصد فاسد.(2)

أما في ما يخص السنة المطهرة فلعلى أهم ما ورد فيها بما يعزز النظرية هو قول النبي عليه الصلاة و السلام فيما رواه أبو سعيد الخذري **(لا ضرر و لا ضرار** في **الإسلام)** (3)

بحيث يقول العلامة الشوكاني على الحديث أنه قاعدة من قواعد الدين و يذكر أقوالا في هذا الحديث و يقول :

- أن الضرار أن تضر غيرك بغير أن تنتفع ، و الضرر أن تضره و تنتفع أنت به
- أن الضرار جزاء على الضرر و الضرر الابتداء (4).

و من جهة أخرى ى النبي عليه الصلاة و السلام عن المضارة في استعمال حق الملكية.

كما في حديث سمرة بن جندب (و الذي كان له عرف من نخل في حائط لرجل من الأنصار و مع الرجل أهله) ، و كان سمرة يدخل إلى أهله نخله حيث أذى بذلك جاره و شق عليه و طلب منه أن ينقله فأبى ، فأتى الجار النبي عليه الصلاة و السلام و ذكر له ذلك ، فطلب النبي من

---

(1) : صفوة التفاسير: الشيخ محمد علي الصابوني، نسخة منقحة ومصححة ، دارالفكر للطباعة و النشر والتوزيع ، بيروت لبنان 2001 ص135-136.

(2) : هناك أدلة أخرى ساقها فتحي الذريني تعزز النظرية، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ص 96، 115.

(3) : رواه ابن ماجة و الدارقطني و غيرهما عن أبي سعيد الخذري و ابن عباس وعبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنهم مسندا ،و مالك في الموطأ مرسلا.

(4): نيل الأوطار لابن محمد الشوكاني، ا لد 3 الجزء 5، دار القلم، بيروت لبنان، ص 260.

صاحب النخل بيعه فأبى ، فطلب أن ينقله فأبى فقال عليه الصلاة و السلام : هبه له ولك كذا و كذا فأبى ، فقال أنت مضار ، وقال النبي عليه الصلاة و السلام للأنصاري اذهب و اقتلع نخله (1).و كان قضاء النبي عليه الصلاة و السلام هو جزاء لتعسف سمرة في حقه.

أما فيما يخص فقه الصحابة فلقد ورد في موطأ مالك أن عمر رضي الله عنه قضى بإجبار محمد بن سلمه على السماح للضحاك بالإرتفاق بملكه بأن يمر خليجه بأرض محمد مادام هذا الأخير لا يتضرر من ذلك ، و لما أصر محمد ابن سلمه على المنع ، أقسم عمر رضي الله عنه بما يشف عن استنكاره الشديد للتعسف بقوله : والله لا يمرن به و لو على بطنك(2).

و قضاء عمر في المسألة دليل ثبوت حقوق الارتفاق لأصحاب الأراضي الزراعية المتجاورة بعضهم قبل بعض ، و إذا امتنع صاحب الأرض التي يراد الارتفاق بملكه ، اعتبر متعسف في استعمال حقه، و يجبر على التمكين ما لم يلحقه ضرر بين عملا بقضاء عمر رضي الله عنه.

و من خلال ما أوردناه من أدلة تثبت أصالة النظرية في الفقه الإسلامي فلقد عمل فقهاء الشريعة الإسلامية على استنباط العديد من القواعد الفقهية و منها ما يمنع التعسف في استعمال الحق. و قد جرت مجرى الأمثال في شهر ا و دلالتها في عالم الفقه الإسلامي، بل في عالم القانون الوصفي أيضا فكثير منها تعبر عن مبادئ حقوقية معتبرة و مقررة لدى الحقوقيين أنفسهم لأ ا ثمرات الفكر عدلي و عقلي (3).

من بين هذه القواعد قاعدة الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام، الأمور لمقاصدها. و لعلى من بين أهم القواعد المتداولة هي قاعدة سد الذرائع و مالها من ارتباط وثيق بنظرية التعسف في استعمال الحق.

فقد خصصها الفقهاء بالبحث العميق و خاصة منهم المالكية ، فالذريعة كما يقول أحد المحدثين: هو منع المباحات التي يتذرع ا إلى المفاسد و المحضورات. فالوسيلة لا ينظر إليها في ذا ا بل تأخذ حكم ما أفضت إليه و عليه يحرم صاحب الحق من ممارسة حقه على نحو تعسفي تجنبا من وقوع الضرر.

---

(1) : رواه أبو داود في السنن ، و يقول ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية ص 310 أن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرها . فهذا هو الفقه و القياس و المصلحة و إن أباه من أباه.

(2) : المنتقى شرح موطأ إمام مالك للإمام الباجي ، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الرابعة، الجزء السادس، 1984، ص 45-46.

(3) : أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، صححه و راجعه د. عبد الستار أبو غدة، دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى 1983 ص 5.

و هذا ما عبر عنه فقهاء القانون و على رأسهم جو سران بانعدام الدافع المشروع الذي صدر عنه عمل التعسف ، و إن كان أغلب الفقه القانوني قد ركز على المعيار التقليدي للنظرية أي على المعيار الشخصي و اعتبر بأن الشخص إذا استعمل حقه بنية الإضرار بالغير اعتبر متعسفا و كذلك إذا استعمل حقه دون أن يرمي إلى تحقيق منفعة و هذا ما ذهب إليه مازوا و إخوانه (1) ، و هناك من ركز على المعيار المادي بالقول أن التعسف يتحقق كلما استعمل الإنسان حقه استعمالا غير عادي و ابرز هؤلاء الأستاذ سالي(2)

فجل هؤلاء الفقهاء اتفقوا على نقض نظرية الحق المطلق، فاعتنقوا نظرية التعسف في استعمال الحق رغم وجود بعض الآراء المناهضة للنظرية و إن كان رأي هؤلاء الفقهاء لم يكتب له الغلبة و البقاء.

إذا فنظرية التعسف في استعمال الحق أصبحت واقعا لا يمكن تجاهله ما أدى بالكثير من التشريعات إلى النص عليها ضمن قوانينها على غرار المشرع الجزائري ضمن نص المادة 41 من القانون المدني وكذلك المشرع المصري و السوري و الروسي...إلخ

فالحق لم يبقى بالنسبة لهذه التشريعات بذلك المفهوم المطلق، بل اصبح مقيد وفق ما يقتضيه المصلحة الإجماعية ، إذ انه شرع لغاية محددة و لا يجب حال من الأحوال تجاوزها ،و إن حدث ووقع هذا التجاوز وجب مساءلة هذا الفاعل قصد الضرر الذي أحدثه للغير بفعله هذا استنادا على فكرة التعسف سواء أثبت أنه قصد الإضرار بالغير أو لم يثبت، الأمر الذي يجرنا حتما إلى التطرق إلى مسألة المسؤولية المدنية بعناصرها من وقوع الضرر إلى وجود علاقة سببية بين الضرر و المتسبب فيه و إن كان الاختلاف واضحا حول ثبوت الخطأ في حق المتعسف ، الأمر الذي أدى بالبعض إلى استبعاد المسؤولية المدنية كأساس يعتمد عليه لإصلاح الضرر المحدث رغم اعتماد القضاء غالبا عليها لتوقيع الجزاء على المتعسف.

إلا أن الواقع اثبت وجود حالات لا يمكن على إثرها توقيع الجزاء على المتعسف أو جبر الضرر اعتمادا على المسؤولية المدنية و ذلك لاستحالة إثبات عنصر الخطأ في جانب الشخص المتعسف،الأمر الذي أدى بالبعض إلى البحث على البحث على أساس آخر يمكن الاعتماد عليه لتوقيع الجزاء على المتعسف.

من كل هذا يتضح أن هناك علاقة بين نظرية التعسف في استعمال الحق و نظرية المسؤولية المدنية لكنها غير واضحة الملامح.

---

(1): على سليمان: النظرية العامة للالتزام.

(2): أنظر الآراء مع التحليل في الفصل الثاني من الدراسة.

و عليه و بناءا على كل هذه المعطيات يصح التساؤل و القول:

ما مدى إمكانية الاعتماد على قواعد المسؤولية المدنية الشخصية كأساس قانوني وحيد للتعسف في استعمال الحق ؟

و من خلال هذه الإشكالية يظهر لنا جليا العناصر التي عن طريقها يمكن معالجة هذا الموضوع.

بادئ ذي بدأ لا يمكن التطرق إلى الأساس القانوني للتعسف في استعمال الحق دون الإشارة إلى فكرة الحق ذا ا إذ أن النظريتين متلازمتين ، فنظرية التعسف في استعمال الحق ظهرت من خلال المذاهب و المدارس المختلفة في تعريف الحق و خاصة منها المذاهب الاجتماعية ا سدة لفكرة الوظيفة الاجتماعية للحق و التي من خلالها يتبين أن استعمال الحق بصفة تؤدي إلى الإضرار بالغير تعتبر تعسف و الذي قد نصت عليه جل التشريعات بما فيها التشريع الجزائري.

لذلك ارتأينا أن نجعل فصلا نتطرق فيه إلى فكرة الحق و من خلالها الغاية التي من أجلها شرع استعمال الحق ثم نسلط الضوء على التشريع الجزائري و كيف عالج هذه المسألة و كذلك الأمر بالنسبة للقانون المقارن.

فاغلب النصوص تطرقت إلى مسؤولية المتعسف و التي تقتضي تعويض المضرور هذا ما يجرنا للتعرض إلى فكرة المسؤولية المدنية وتطورها كوسيلة لتعويض الضرر و التي و من خلالها و بعملية الإسقاط سنبين في الفصل الثاني مدى إمكانية دمج نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن قواعد المسؤولية المدنية أو أن النظرية تتعدى المسؤولية المدنية التي قوامها الخطأ لتندرج تحت نظام أو أساس قانوني آخر و هذا من خلال تحليل مختلف المعايير أو الحالات التي من خلالها يظهر التعسف.

و ذا ستظهر لنا العلاقة الموجودة بين التعسف في استعمال الحق و بين المسؤولية المدنية.

و سنعالج الموضوع وفق الخطة التالية.

الفصل الأول :غائية الحق و المسؤولية المدنية كوسيلة لتعويض الضرر

المبحث الأول :الحق و الغاية من تشريعه

المطلب الأول:فكرة الحق وفق المذاهب المختلفة
المطلب الثاني: غاية تشريع الحق منع الإضرار بالغير

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية وسيلة تعويض الضرر الناتج عن التعسف

المطلب الأول: التعسف في القانون الجزائري و القانون المقارن
المطلب الثاني: المسؤولية المدنية وسيلة تعويض الضرر

الفصل الثاني: حالات التعسف ومبنى المسؤولية عند توافرها

المبحث الأول: معايير التعسف في استعمال الحق

المطلب الأول: المعايير الفقهية
المطلب الثاني: المعايير التشريعية

المبحث الثاني: الأساس القانوني المعتمد لتوقيع الجزاء على المتعسف

المطلب الأول: في حالة استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير
المطلب الثاني: في حالة استعمال الحق بدون قصد الإضرار

الخاتمة

الفصل الأول : غائية الحق و المسؤولية المدنية كوسيلة لتعويض الضرر

المبحث الأول: الحق و الغاية من تشريعه

لقد وردت كلمة الحق ضمن جل ا ىالات ، السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و القانونية و في هذه الأخيرة تعرض مفهوم الحق لمد و جزر بين مختلف المذاهب القانونية ، كل يعطي مفهوما للحق وفق المذهب أو المدرسة التي ينتمي إليها و التي حتما ستضفي عليه اتجاهها سواء الأيديولوجي أو الاجتماعي أو الديني و هذا ما سيؤثر حتما على الغاية التي من أجلها شرع استعمال الحق

المطلب الأول: فكرة الحق وفق المذاهب المختلفة.

الفرع الأول: الحق من منظور المذهب الفردي

يعتبر أصحاب المذهب الفردي أم الحقوق هي ميزة طبيعية لكل فرد، فهو يتمتع ا بصفته إنسانا منذ عهد الفطرة الأولى، فهي بذلك امتيازات طبيعية مطلقة و سابقة في وجودها على القانون وعلى الجماعة، و أن القانون في نظرهم ما هو إلا وسيلة لتحقيق غاية كبرى و حماية الحق و بالتالي ليس القانون هو أساس الحق بل الحق هو أساس القانون و أن وظيفة هذا الأخير هو حماية هذا الحق و تمكين أربابه من التمتع به .

و كذلك الأمر فيما يخص الجماعة، فهي مسخرة لخدمة الفرد و لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تعترض على رغباته و طموحاته لأن حرية الفرد في نظرهم هي التي تستحق مصلحة ا موع، فالحريات المختلفة كحرية الرأي و التملك و العمل هي وسيلة لحماية ا موع و مظهرها.

و يذهب أنصار المذهب الفردي إلى ابعد من ذلك فيعتبرون أن الدولة ذا ا لم توجد إلا كثمرة لاتفاق إرادة الأفراد الحرة بغية تنظيم القانون و كفالت الحريات، وأن المنشئات و الهيئات التي تعقب ظهور الدولة ما هي إلا أجهزة تعمل لتحقيق أكبر قدر ممكن من الحرية للفرد من خلال التنظيمات و القوانين التي تضعها.

و هذا ما عناه سيزر بقوله: (إن الغرض الأساسي من إقامة أية هيئة عامة هو ضمان الحريات العامة) فيسمح للفرد بالتصرف وفق رغبته و مشيئته شريطة ألا يعتدي على حق الغير أي الاعتداء الحقيقي الذي يجاوز فيه الفرد حقه إلى حق الغير و ما عد هذا لا يسأل عليه الفرد.

و من كل هذا عرف الحق بأنه قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون شخصا معينا و يرسم حدودها.

فمن خلال هذا التعريف تبين أن الحق هو صفة تلحق بالشخص فيصبح ا قادرا على الإتيان بأعمال معينة. و لذلك انتسب من يعتنق هذا التعريف إلى المذهب الشخصي .

و واضح أن هذا المذهب وثيق الصلة بالمذهب الفردي و ما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة ، إذ أن جوهر الحق وفق هذا المذهب هو الإرادة ، و أنصاره يؤيدون هذا و يقولون بأن الحق لا يكون حقا إلا إذا وجد من يتمتع به أو يباشره، فالإرادة و سلطا ا هو الذي يوجد و يغير و ينهي الحقوق ، و لا يخفى على أحد ما مدى غلو و تطرف هذا التعريف و ما قد ينجر عنه من أضرار وخيمة على ا تمع من ظهور للطبقية و تفشي الاستغلال بشكل واسع نتيجة الأثرة و الأنانية.

الفرع الثاني : الحق من منظور مذهب التضامن الاجتماعي

لعلى أول ما يميز هذا المذهب هو تبنيه لاتجاه معاكس لتعاليم المذهب الفردي، إذ يرى أن القانون كظاهرة اجتماعية وجد لغاية سامية متمثلة في حفظ ا موع ، مستبعدا المثل الروحية.

فالقول بأن الفرد في عهد الفطرة الأولى مزودا بحقوق طبيعية سابقة في في وجودها على القانون و الجماعة هو أمر لا يؤيده الواقع، إذ أن الإنسان بطبعه اجتماعي و لا يمكن له أن يعيش إلا في وسط اجتماعي متضامنا مع أفراد مجتمعه لقضاء متطلبات حياته.

فالفرد لا يسعه العيش إلا في وسط الجماعة و هذه الأخيرة لا قبل لها أن تحي إلا بالتضامن فيما بينها، و لتحقيق هذا التضامن لا بد من قواعد تنظم سلوك الأفراد عن طريق تبيان الحقوق و تحديد الواجبات و بالتالي يصبح القانون أساس الحق و ليس الحق هو أساس القانون و هذا تكريسا لفكرة التضامن الاجتماعي.

ولقد صاغ أنصار المذهب كالفقيه اهرنج قاعدة التضامن الاجتماعي كما يلي: (أن الفرد حاكما أو محكوما ملوما بالامتناع عما يخل ذا التضامن و ملزم كذلك بإنجاز كل فعل يؤدي إلى صيانته و تنميته) فيتبين من هذه القاعدة أن التضامن الاجتماعي هو أساس الجماعة و أن القانون إنما صيغ بقواعده لتحقيق هذا التضامن و بالتالي اعتبرت مصلحة الجماعة هي أساس القانون و الفرد مسخر لخدمة الجماعة ، فهي التي تمنحه الحق و تبين له المهمة الملقاة علة عاتقه، فهو لم يمنح حقا إلا و قابله واجب لزم أداؤه.

و على هذا فالحق ليس ميزة طبيعية يتصرف فيها الفرد وفق رغبته و مشيئته ، بل هو سلطة أو مكنة منحتها الجماعة للفرد ليتمكن ا من القيام بواجبه الذي تقتضيه مستلزمات التضامن

الاجتماعي، و هذا ما جعل البعض يعرف الحق بأنه (مصلحة يحميها القانون) (1) و يربطه بذلك بغايته و هدفه، و عرف أيضا بأنه (استئثار بقيمة معينة يمنحها القانون لشخص و يحميه) (2) و من خلال هذه التعاريف تبين أن أصل الحق هو القانون و أن هذا الأخير هو الذي يحدد الحقوق و كيفية استعمالها ، حتى أضحى الحق وفق هذا المذهب كمركز قانوني يوجده المشرع متى شاء و كيف شاء، و هذا ما سيجر عنه تقييد الحقوق و الحريات إلى حد أن الحق أصبح كوظيفة اجتماعية يتحتم على الفرد من خلالها القيام بالتزامات إيجابية و سلبية في سبيل تحقيق التضامن الاجتماعي أو الصالح العام أي جعل أصحاب الحقوق بمثابة موظفين عامين دون النضر إلى مصلحتهم الذاتية.

الملاحظ على هذه الأفكار أ ا تحمل الكثير من التطرف لأ ا أصلا جاءت كرد فعل على المذهب الفردي، فعملت على إلغاء فكرة الحق و القضاء على شخصية الفرد بجعله عنصر تكوين مسخر لخدمة الجماعة و أهملت بذلك المثل العليا التي تتفق و التعقل الإنساني و عليه لا يمكن أن نصحح أفكارا متطرفة بأفكار أكثر تطرفا ، فيجب اتباع سبيل الوسط المتمثل في الإبقاء على فكرة الحق كدعامة أساسية في التشريع ، و تقييد الحق بما يقيم التوازن و التوفيق بين مصلحة الفرد و مصلحة الجماعة.

الفرع الثالث: الحق من منظور الفقه الإسلامي

لا يخضع الفقه الإسلامي للإرادة الإنسانية المتغيرة وفق النوازع و الأهواء ، أو للعوامل الاقتصادية و الاجتماعية ، بل هو فقه يستند إلى أصول تشريعية سماوية مستقرة في كتاب الله و سنة رسوله صلى الله عليه و سلم ، و دلائل أخرى تقوم على هذين الأصليين الرئيسيين كالإجماع...

فالفقه الإسلامي يستجيب لسنة الحياة في التطور ضمن إطار التنظيم التشريعي العام للمجتمع الإسلامي، فهو ثابت في أصله العام و متطور في فروعه، فهو يرتد إلى أصول ثابتة تحفظ مقاصد التشريع و تصون القيم الأساسية للحياة الإنسانية من حفظ الدين، النفس، المال، النسل و العقل

---

(1):هذه التعريف لاهرنج ، iherig أكبر مهاجمي المذهب الشخصي

(2):محمدي فريدة-زواوي –المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق Les éditions Internationales 1997 ص 7.

هذا ما أهله لأن يكون مجالا خصبا للباحثين للإشادة بنظريات فقهية ذات معايير منضبطة كنظرية الحق.

فالفقه الإسلامي ينضر إلى الحق نظرة دينية و يقسمه عللا هذا الأساس إلى قسمين:

الأول: حق الفرد ويشمل جميع الحقوق التي تتعلق ا مصالح الأفراد.

الثاني: حق الله و هو حق ا تمع مما يتعلق بالصالح العام: و أضيف إليه تعالى نظرا لخطورته و عميم نفعه فلا يسقط بالإسقاط و لا لأحد فيه خيرة.

فالفرد في نظر الشريعة الإسلامية هو كائن حي ، مستقل و مسؤول، غير أن هذا الاستقلال ليس تاما بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط التعاون على البر و الصالح العام (و تعاونوا على البر و التقوى و لا تعاونوا على الإثم و العدوان) و بذلك يكون ملزما إيجابيا بالتعاون على الخير المشترك و ملزم سلبا بتجنب الإثم و الفساد و الإضرار.

فالحق في الشريعة مجرد وسيلة إلى تحقيق غاية ، و الحكمة أو المصلحة التي شرع من أجلها الحق، فاستعمال الحق في غير ما شرع له تعسف، بحيث قرر علماء الأصول كالشاطبي: أن كل حق فردي مشوب بحق الله و حق الله هذا هو المحافظة على حق الغير فردا كان أم جماعة (1) أي أن المحافظة على حق الغير لا تكون بالامتناع عن الاعتداء فحسب لأن هذا مقرر في جميع الشرائع بل و عن التعسف في استعمال الحق أيضا إذا ترتب عليه ضررا للغير، فهذه القاعدة تعتبر من القواعد العامة التي يقوم عليها التشريع الإسلامي كله و لقد حكمها الأئمة ا تهدون في سائر التصرفات كالمعاوضات و التبرعات و في الباعث الغير مشروع الذي يحرك إرادة الفرد إلى إنشاء التصرف.

فالفقهاء يبطلون كل تصرف انحرف به صاحبه و تحت ستار من مشروعيته مجاوزا المقصد الشرعي الذي من أجله شرع، لأن في تنفيذه تعاونا على الإثم و العدوان، و هذا قيد عام يرد على صور استعمال الحقوق، و مما يؤيد هذه الصورة في وجهها السلبي قوله عليه الصلاة و السلام : (**لا ضرر و لا ضرار** في **الإسلام)** أي الاعتراف بوجوب ترتيب المسؤولية على الفرد الذي أساء استعمال حقه حيث أضر بالغير، و في نفس الوقت فهي لا تعتبر الفرد مجرد آلة اجتماعية تعمل لصالح ا تمع دوم مصلحته الشخصية فهي و من الناحية العملية تجعله أهلا للتملك و التعاقد، و من هنا كان إقرار الشريعة للملكية الفردية كحقيقة ثابتة معلومة من الدين بالضرورة.

هذا ومسؤولية الفرد قبل الجماعة مرجعها انه مكلف برعاية مصالحها كما هو مسؤول عن تحصيل مصلحة نفسه، فمن حق الجماعة علة الفرد ألا يعبث بمصالحها تحت ستار ما منح له من حقوق،

---

(1):الموافقات، للإمام الشاطبي، ا لمد الثاني، دار المعرفة، بيروت- لبنان ص 317.

و أيدت الشريعة هذا الحق بان أقامت من الجماعة نفسها رقيبا على تصرفات الفرد و قوة مانعة له من إحداث الأضرار ا قبل أن يقع الفساد، كما جاء في هذا الشأن ضمن حديث السفينة (1) بحيث أنه لما كان مآل تصرف من هم في أسفل السفينة يؤدي إلى الإضرار بمن هم في السفينة جميعا، أوجب على البقية أن يأخذوا بأيديهم وقاية للجماعة من مآل هذا التصرف و لو لم ذلك بدافع غير مشروع.

و من كل هذا يمكن القول أن التشريع الإسلامي يعمد إلى إقامة التوازن بين المصالح المتضاربة أيا كان نوعها من مظاهر التعسف أو درأ التعسف، تعكس لنا القيمة المحورية التي يدور عليها التشريع الإسلامي كله المتمثل في حق الفرد و حق ا تمع.

كما يمكن أن يستخلص على ضوئها عناصر مفهوم الحق الفردي بوجه خاص من كونه ذا عنصرين فردي و اجتماعي معا، لا فردي و لا مطلق.

فالحق في الشريعة لا يعدو كونه ميزة لصاحبه أولا، غير أنه يجمع إلى ذلك عنصرا اجتماعيا و بذلك كان مزدوج الطبيعة. (2)

---

(1): الحديث: حدثنا عبد الله حدثني أبي، حدثنا أبو معاوية حدثنا الأعمش عن الشعبي عن النعمان ابن بشير قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: <مثل القائم على حدود الله تعالى و المذهن الواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة في البحر فأصاب بعضهم أسفلها و أصاب بعضهم أعلاها، فكان الذين في أسفتها يصعدون فيستقون المهء فيصبون على اللذين في أعلاها، فقال الذين في أعلاها: لا ندعكم تصعدون فتؤذوننا، قال: فقال الذين في أسفلها : لو أنا فرقنا في نصيبنا فرقا و تم نؤذي من فوقنا، فإن أخذوا على أيدهم نجوا جميعا، و إن تركوهم غرقوا جميعا.>

مسند الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الرابع، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1993.

(2):فتحي الذريني ، الحق و مدى سلطة الدولة في تقييده ، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة 2، 1977 ص 22 ، 23 ، 24 .

المطلب الثاني: غاية تشريع الحق منع الإضرار بالغير

أن الفرد باعتباره وحدة إنسانية يعيش في إطار اجتماعي و يرتبط مع غيره مما يشاركونه هذا العيش برباط المصالح المتبادلة و الهدف المشترك وهذا ما يجعله فردا اجتماعيا.

و عليه فإن للفرد صفة مزدوجة إحداهما تعبر عن طموحاته و تطلعاته و هي الفردية ، و للأخرى تمثل جانب التعاون و التكافل مع أقرانه و هي الاجتماعية، و هذه الصفة المزدوجة من الفردية و الاجتماعية ستنعكس حتما على حقوقه.

فمن الطبيعي أن هذه الحقوق منحت لأصحا ا كي تمارس بكل طلاقة و حرية و أن هذه الممارسة محمية و مصونة ما دامت لا تتعرض مع مصالح الآخرين هذا من جهة، و من جهة أخرى فالحق الفردي يبقى على اصله مطلقا ما دام لا يتعارض مع حقوق الآخرين و إن حدث و أن تعارض الحق الفردي مع المصلحة الجماعية بان يؤدي استعمال هذا الحق إلى أضرار تزيد عن ما سيعود من نفع على الفرد جاز في هذه الحالة تقييد صفة الفردية المطلقة للحق بما يحقق المعنى الاجتماعي لنفس الحق.

فالمصلحة الفردية إذا لزم عنها مفسدة مساوية أو راجحة تفقد ميز ا في هذا الحال و من باب أولى تفقد هذه الميزة إذا تعارضت مع مصلحة عامة لان الحق لم يشرع ليكون مصدرا للإضرار بالآخرين بل شرع لان يحقق النفع لصاحبه دون الإيذاء بالغير. (1)

فإذا استعمل الفرد حقه ولو استعمالا معتادا قصد تحقيق مصلحته الخاصة و كانت هذه الأخيرة مشروعة في ذا ا كو ا تستند إلى حق و لكنها في نفس الوقت تعارضت مع مصلحة أخرى هي أجدر بالاعتبار في نضر المشرع، اعتبر الفرد هنا قد انحاز في استعمال حقه عن الغاية المرجوة من تشريعه و بالتالي ناقض الغاية التي من أجلها منحت الحقوق.

و هذه القاعدة تطبق حتى بالنسبة للحقوق التي تتسم بالأنانية كحق الملكية العقارية و حق الدائن على المدين بمتابعته و إجباره على دفع دينه، فاعتراف ا تمع بمثل هذه الحقوق ليس على سبيل ا املة و تكن جاء هذا الاعتراف للحفاظ على هذه الحقوق كي لا تصبح أداة في يد أصحا ا لتحقيق المصلحة العامة فقط و بالتالي در الصفة الفردية للحق من جهة و لضمان الصالح العام من جهة أخرى و ذلك بوضع الأنانيات الفردية في خدمة الجماعة. (2)

---

(1):فتحي الذر يني ،المرجع السابق، ص 40

(2) : Louis Jesserand, Essai de théologie juridique ; L'esprit des droits et de leurs relativité, théorie dite de l'abus des droits, Paris librairie Dalloz 1927 p 30.

فلو كان القانون محورا تشريعيا للحق الفردي الخالص دون النضر إلى المعنى الاجتماعي للحق لكان الحق الفردي غاية في ذاته، و إذا كان كذلك فالتصرف فيه مطلق لا يحده إلا ما يخل بالآداب العامة، و كذلك إذا كان محور التشريع مصلحة الجماعة فحسب إذ الفرد يصبح في نضر هذه التشريع آلة اجتماعية لا تعمل لمصالحها بل لغيرها أو بعبارة أخرى هو مجرد موظف يعمل لتحقيق المصلحة العامة.

و عليه لا بد من تصور توسطي للحق بحيث لا يجعل منه أداة في يد الفرد يتصرف فيه وفق هواه، فالفرد مسؤول عن تحصيل مصلحة نفسه و في نفس الوقت هو مكلف برعاية مصالح الآخرين فرادا كانوا أم جماعات و أن لا يعبث بمصالح هؤلاء تحت ستار ما منح له من حقوق و إلا اعتبر في حالة تعسف بكونه خرج عن الغاية التي من أجلها شرع استعمال الحق

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية كنظام تعويضي عن التعسف

إنه و كما أسلفنا الذكر فيما مضى فإن الخروج عن غاية الحق يعد تعسفا ، لأن التعسف اصطلاحا هو الخروج عن الحدود الموضوعية و الغائية للحق

فكل استعمال خارج عن السلطات المخولة لصاحبه أو لغير المصلحة أو الهدف الذي شرع من أجله مما يضر بالغير يعتبر تعسفا

هذا ما أدى بجل التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى تضمين مسالة التعسف في استعمال الحق ضمن مختلف قوانينها، و على تفاوت فيما بينها فيما يخص معايير النظرية و مجال تطبيقها و خاصة فيما يتعلق بالنظام التعويضي الذي يرجع إليه لجبر الضرر المحدث.

وعليه سنتطرق في المطلب الأول لمختلف النصوص التشريعية التي نصت على التعسف ثن نبين في المطلب الثاني فكرة المسؤولية المدنية كأول نظام تعويضي عرف في الفقه الحديث.

المطلب الأول: التعسف في القانون المقارن و القانون الجزائري

كان للعوامل التي أثرت في تطوير مفهوم الحق في القضاء و الفقه حتى انتقل من مفهومه الفردي المطلق إلى المفهوم الاجتماعي، مما استوجب تقنينه ضمن مختلف التشريعات.

فأخذ بنظرية التعسف في أواخر القرن التاسع عشر و مطلع القرن العشرين بنوع من التباين بين التشريعات الغربية والتشريعات العربية و التي توسعت نوعا ما في المسالة و ذلك بالأخذ بما وصل إليه الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الأول للنظرية.

الفرع الأول: التعسف في القانون المقارن

قانون نابليون 1804:

كما سبق و أن أشرنا إلى ذلك فإن القانون الفرنسي خال من نص يمنع التعسف في استعمال الحق كمبدأ عام، لكن في المقابل نجد أن القضاء الفرنسي منع التعسف اعتمادا على نص المادتين 1382و1383 /ف2 ، و زيادة على تطبيق هاتين المادتين صدرت نصوص أخرى متفرقة تقيد استعمال الحق بقيود معينة مثل: القانون المؤرخ في 1890/12/27 و المعدل للمادة 1780و الذي بعد أن أكد حق الأطراف في إ اء عقد العمل الغير محدد المدة، أضاف فقرة ثانية لهذه المادة (الإ اء الصادر من أحد المتعاقدين يمكن أن يعطي مجالا للتعويض)

ثم صدر القانون المؤرخ في 1928/07/19 و الذي يقرر في المادة 23منه (التعويضات التي تقرر عند عدم احترام الإخطار ليست من التعويضات التي يمكن أن تتقرر في حالة الإ اء التعسفي لعقد العمل الغير محدد المدة) ثم جاء القانون في 1973/7/13 بإجراء موضوعي بالنسبة للإجراءات الشكلية ووضع أسباب حقيقية و جدية لإ اء عقد العمل.

مما سبق يمكن القول أن التعسف في استعمال الحق لو يرد كمبدأ عام في القانون الفرنسي نضرا للصبغة الفردية التي كان يصطبغ ا ، و إنما جاء النص عليه متفرقا ضمن النصوص المختلفة تحت ضغط التحولات الاجتماعية و الاقتصادية .

القانون المدني الألماني:

تنص المادة226 " لا يباح استعمال الحق إذ لم يكن له من غرض سوى الإضرار بالغير"

و ظاهر أن هذا النص لا يتيح تطبيق نظرية التعسف إلا في أضيق الحدود و هو حالة استعمال الحق بمجرد قصد الإضرار، مثله مثل القانون النمساوي في المادة 1295/ف2 .

القانون المدني السويسري :

تنص المادة 2 من القانون المدني السويسري الصادر 1907على < يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه،و أن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التي يرسمها حسن النية ، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق فلا يقره القانون> نلاحظ هنا أن مجال التعسف أوسع بحيث لم يقتصر على نية الإضرار بل يشما أيضا حالات التعسف الأخرى التي تثور المسؤولية فيها بقطع النظر عن نية الإضرار.

القانون المدني البولوني:

جاء في المادة 135منه < إن كل من يلحق عن قصد أو إهمال صررا بالغير و هو يستعمل حقا من حقوقه ، يكون ملزما بضمانه ، إذا كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النية، أو الهدف الذي من أجله منح هذا الحق.>

فالمادة تشترط كما هو ظاهر أن يكون الصرر ناشئا عن قصد أو إهمال متى كان استعمال الحق متجاوز حدود حسن النية و هذا ما يعبر عن النظرة الضيقة لمسالة التعسف ، ثم يأتي و يضيف عبارة < أو الهدف الذي منح من أجله الحق > و هذا بدون شك متأثرا بما جاءت به المادة 2/74 من المشروع الإيطالي الفرنسي للالتزامات (1) والتي بدورها تأثر واضعوها بما وصل إليه الفقيه الفرنسي جو سران في كتابه روح الحقوق.

القانون المدني السوفياتي:

نصت المادة الأولى منه < أن القانون يكفل الحقوق المدنية ، إلا أن يكون استعمالها مخالفا للغرض الاقتصادي و الاجتماعي الذي وجدت من أجله.>

لأول وهلة يتبين أن القانون السوفيتي تجاوز المعيار الضيق للنظرية و ذهب إلى أن التعسف يكون عند مخالفة الغرض الاجتماعي و الاقتصادي للحقوق، أي بتبني المعيار المادي المحض و الذي يكيف التعسف بأنه الخروج عن الغاية الاجتماعية التي ولأجلها منحت الحقوق .

و مهما يكن فإن هذا المعيار واسع وغير محدد و قد يصعب تطبيقه في ا ال القضائي بالإضافة أنه يفسح ا ال لتدخل للأهواء السياسية القضاة لان الغرض الاجتماعي و الاقتصادي يختلف باختلاف المذاهب السياسية و الاجتماعية.

---

(1): المادة 2/74 تقضي < يعتبر متعسفا كل من يلحق ضررا بالغير، متجاوزا في استعمال حقه حدود النية الحسنة، أو الهدف الذي من أجله أعطي هذا الحق.>

الفرع الثاني: التعسف في القانون المدني الجزائري و مختلف التشريعات العربية

التعسف في القانون المدني المصري:

لقد انتقلت نظرية التعسف في استعمال الحق في البداية من الفقه و القضاء الفرنسي إلى الفقه و القضاء المصري القديم، إذ لم يشتمل علة نص عام للفكرة، و بعدها جاء القانون الندني المصري الجديد 1948 بنظرية عامة للتعسف مستعينا في ذلك بما استقر عليه الفقه الإسلامي (1) و ما خلصت إليه المذاهب الفقهية الحديثة .

و على هذا المنوال أقرت فكرة التعسف في المادة 4> من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر. < و يفهم من هذه الفقرة تقريرها لمبدأ الحق و نسبيته و عدم المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن الاستعمال المشروع للحق.

ولما كان الاستعمال التعسفي الغير المشروع هو الذي تترتب عليه المسؤولية إذا نشأ عنه ضرر ، جاءت المادة 5 من القانون المدني المصري وحددت معايير التعسف < يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية :

أ: إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب:إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من صرر بسببها.

ج: إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة. >

و ظاهر من خلال النصين أن المشرع المصري قد أخذ بالمعيارين الشخصي و الموضوعي للنظرية.

التعسف في القانون المدني اللبناني :

بما أن الفقيه الفرنسي جو سران هو واضع القانون المدني اللبناني فلقد جاءت بصماته واضحة فيما يخص مسألة التعسف في استعمال الحق .

فلقد نصت النادة 124 من قانون الموجبات اللبناني < يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه _ أثناء استعمال حقه _ حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق.>

و هذا النص يقرر نفس ما يقرره مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات ، و بالتالي فهو يشمل المعيارين الذاتي و الموضوعي معا للنظرية.

---

(1): إن المشرع وضع بذلك دستورا لمباشرة الحقوق، ألف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية و بين ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التعسف في استعمال الحق. مجموعة الأعمال التحضيرية ج1 ص 207، أنظر في ذلك هامش نظرية التعسف في استعمال الحق، فتحي الذر يني ص232، 233.

إذ أنه يعتبر الشخص متعسفا إذا استعمل حقه بنية الإضرار بالغير أو استعمله بغرض يخالف الغرض الذي شرع من أجله الحق سواء كان اقتصاديا أو اجتماعيا.

التعسف في القانون المدني السوري:

أخذ القانون السوري بنظرية التعسف و نص عليها ضمن الباب التمهيدي في المادتين 5،6 و نصوصهما مأخوذة بحرفيها عن القانون المدني المصري معتمدا في ذلك علة ما وصل إليه الفقه الإسلامي في هذا ا ال.

التعسف في القانون المدني الجزائري:

لقد أدرج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن نصوص القانون المدني من خلال نص المادة 41 منه تحت الباب الثاني الخاص بالأشخاص الاعتبارية و الطبيعية ، و تحت الفصل الأول المتعلق بأحكام الأشخاص الطبيعية.

و تجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري خالف التشريعات العربية الأخرى بما فيها التشريع المصري من حيث موضع النص ، أين وضعته القوانين العربية ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني(1)

و كذلك الأمر فيما يخص النص على المبدأ العام للنظرية كما جاء في القوانين العربية الأخرى (مصري، ليبي، سوري، عراقي) إذ اقتصر المشرع الجزائري على إيراد الإستثناءات و المنطق يقضي بأن الاستثناء يرد على الأصل ،فقد جاءت صياغة المادة 41 كالتالي: < يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية :

أ: إذا وقع نقصد الإضرار بالغير

ب:إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير

ج:إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.>

و مما لا شك فيه أن هذه صياغة عامة مما يجعلها تنطبق على جميع نواحي القانون دمن أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل المستحق للتعويض (2)،

---

1): العربي بالحاج:مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد4، سنة 1992، ض 690 و ما بعدها.

(2): علي علي سليمان ، المرجع السابق ص 225.

و ما يزيد هذه الفكرة دلالة هي المخالفات التي أوردها المشرع الجزائري عند النص على هذه النظرية كما و سبق أن أشرنا إلى ذلك من قبل، و هذا ما يؤيد التساؤلات حول العلاقة الموجودة بين التعسف في استعمال الحق و المسؤولية المدنية(1).

و بجانب النص على المبدأ العام للتعسف ، أورد المشرع الجزائري في القانون المدني نصوصا أخرى بصدد بعض التطبيقات الخاصة لهذه النظرية منها نص المادة 691 <على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار>

و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف، و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة للآخرين و الغض الذي خصصت له.> (2)

---

(1):علي فيلالي: نظرية المسؤولية المدنية ، مطبوعة سنة 1996 ص 47.

(2):راجع بقية النصوص التي أوردها العربي بلحاج في بحثه، المرجع السابق، ص 688،689.

المطلب الثاني: المسؤولية المدنية وسيلة تعويض الضرر

إن المسؤولية عموما ما هي إلا ذلك الجزاء الذي يترتب على المرء عند إخلاله بقاعدة من قواعد السلوك و يختلف هذا الجزاء باختلاف نوع القاعدة المخل ا، فقد يتعلق الأمر بقاعدة جزائية فتكون المسؤولية بالتالي جزائية و يتمثل الجزاء في العقوبة (الحبس أو الغرامة...) و قد تكون القاعدة المخل ا مدنية بحيث تكون المسؤولية مدنية و يتمثل الجزاء حينئذ بالالتزام بالتعويض(1) فالمسؤولية المدنية إذا هي مجموعة القواعد التي تلزم من ألحق ضررا بالغير بجبر هذا الضرر و ذلك عن طريق تعويض يقدمه المضرور، سواء كان نتيجة الإخلال بالتزام سابق رتبه العقد و هذا ما يعرف بالمسؤولية المدنية العقدية، أو كان نتيجة الإخلال بالتزام سابق رتبه القانون و المتمثل في عدم إلحاق ضرر بالغير و هذا مل يعرف بالمسؤولية التقصيرية.(2)

و عليه فالمسؤولية التقصيرية تقتضي وجود ضحية و وجود متسبب في الضرر، ز على هذين الشرطين تم وضع أسس هذه المسؤولية، فإن رجحت مصلحة المتسبب في الضرر على مصلحة الضحية أخذ بالنظرية الشخصية و التي قوامها الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية التقصيرية théorie subjective ، و إن رجحت مصلحة الضحية على مصلحة المتسبب في الضرر أخذ بالنظرية الموضوعية théorie objective و التي تجعل من الضرر الذي يستوجب التعويض كأساس للمسؤولية التقصيرية.

الفرع الأول: فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية.

رغم ما حققته الدولة الرومانية من تقدم في الفكر القانوني من وضع مبادئ عامة و نظم قانونية لم يتمكن القانون الروماني من صياغة قاعدة عامة تحكم المسؤولية المدنية، ذلك أن المسؤولية التقصيرية كانت في القديم متروكة إلى الأخذ بالثأر ثم انتقلت إلى الدية الاختيارية ثم إلى الدية الإجبارية ثم إلى العقوبة منذ أن استقر تدخل الدولة لإقرار الأمن و النظام (3)

فالقانون الروماني الذي أقر دعاوى تعويضية دف إلى تعويض الضحية من جهة و دعاوى عقابية ترمي إلى معاقبة الفاعل من جهة أخرى لم ينشغل و لم يهتم بتباين أو تعارض هذه الدعاوى ، مما حال دون التميز بين المسؤولية المدنية و المسؤولية الجنائية و كذا بين المسؤولية العقدية و التقصيرية

---

(1): علي فيلالي: المرجع السابق، ص3

(2): علي فيلالي: المرجع السابق،ص12

(3): عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان، ص763.

إلى أن جاء القانون الفرنسي القديم الذي كان له الفضل في تمييز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية ثم في تميز المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية و ذلك تحت تأثير القانون الكنسي.

فلقد تمكن فقهاء القانون الفرنسي القديم من الفصل بين مختلف هذه المسؤوليات و من وضع مبدأ عام للمسؤولية المدنية يقوم على الخطأ المدني و التي وضعها الفقيه doma اكبر فقيه في القانون الفرنسي القديم في كتابه المعروف القوانين المدنية lois civiles حيث قال< كل الخسائر و الأضرار التي تقع بفعل الشخص سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر و الخفة أو الجهل بما ينبغي معرفته أو أي خطأ مماثل ، مهما كان هذا الخطأ بسيطا، يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطاه سببا في وقوعها> (1)

و ذا تبلورت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية التقصيرية بل حتى أنه تم التميز بين الخطأ العقدي و الخطأ الجنائي كما يقول دوما <... خطا بجناية أو جنحة ، يرتكبه الشخص الذي يخل بالتزاماته العقدية و خطأ لا علاقة له بالعقود و لا يتصل بجناية أو جنحة كما إن ألقى شخص عن رعونة شيئا من النافذة فأتلفت ملابس أحد المارة...> (2)

و هكذا استقلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية مع اية عهد القانون الفرنسي القديم ، فأصبحت نظما قائما بذاته و اعتمد الخطأ كأساس لها بحيث اصبح المبدأ لا مسؤولية بدون خطأ كما أصبح المرء لا يسأل عن فعله فحسب بل يسأل كذلك عن الأضرار التي يسببها الحيوان أو البناء.

و لقد برزت هذه الخصائص بوضوح في التقنين المدني الفرنسي أين تم وضع و لأول مرة نظرية عامة للمسؤولية المدنية تحت ظروف خاصة أدت إلى صبغها بصبغة الثورة الفرنسية أين كانت العبرة بالمذهب الفردي ، و الذي يقوم على فكرة تقديس الحريات الفردية حيث تكون حماية المصلحة الفردية أولى من حماية المصلحة العامة و لا يلزم الفرد إلا بإرادته ، و أما اقتصاديا فكان الوضع يتميز بانتشار الصناعات الصغيرة و الصناعات الحرفية و خاصة النشاط الفلاحي، و في ظل هذه المعطيات رجح المشرع الفرنسي حماية مصلحة المتسبب في الضرر على مصلحة الضحية حيث لا يسال المرء عن فعله الضار إلا إذا أراد ذلك .

---

(1): راجع ترجمة المقولة في السنهوري، المرجع السابق، ص 764

(2):السنهوري، المرجع السابق ،ص765

فالمبدأ الذي اعتمده القانون الفرنسي عند وضعه لنظرية المسؤولية المدنية يقضي بأن الخطأ الشخصي هو قوام المسؤولية. (1)

فلقد نص هذا القانون في المادة 1382 على أن < كل عمل اين كان يوقع صررا بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه> أي كل من أحق بخطئه ضررا أين كان نوعه بالغير ملزما بجبر ذلك الضرر، و المقصود هنا إذا ارتكب خطأ أي اعتمد سلوكا خاطئا عمديا كان أو غير عمدي (2)، و بمقتضى 1386،1385،1384. فلا يسال المرء عن خطئه فحسب بل يسال أيضا عن الأضرار التي يتسبب فيها الأولاد و التلاميذ و المتمرنون ، كما يسال المتبوع عن الأضرار التي يتسبب فيها تابعه و يسأل الحارس عن فعل الحيوان و المالك عن فعل البناء.

و عليه و بالنسبة لكل هذه الحالات فالخطأ هو قوام المسؤولية.

و لقد تضاربت الآراء في تحديد معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية ، إلا أن الرأي الذي استقر فقها وقضاءا يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية.

فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الإحلال بالتزام قانوني بينما في المسؤولية العقدية هو الإخلال بالتزام عقدي، إلا أن الفارق بينهما أن الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية فهو دائما التزام ببذل عناية obligation de moyen و هو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالغير فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب و كان من القدرة على التميز بحيث يدرك أنه قد انحرف ، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية و عليه يقوم الخطأ في هذه المسؤولية على ركنين: ركن مادي و هو التعدي ، وركن معنوي وهو الإدراك.

و غالبا ما يكون مقياس التعدي موضوعي بحيث ننضر إلى الشخص المتعدي بما يعرف برب الأسرة العاقل bon père de famille بحيث ننضر إلى ما هو مألوف عند الشخص العادي الذي نسب إليه التعدي ، فإن كان لم ينحرف في سلوكه عن المألوف في سلوك الشخص العادي فهو لم يتعد، و انتفى عنه الخطأ، أما إذا كان قد انحرف فمهما كان من أمر فطنته و يقظته فقد تعدى و ثبت عليه الخطأ و ترتبت المسؤولية في ذمته.

و غالبا ما يتجلى الانحراف في تعمد الشخص الإضرار بالغير و هذا ما يسمى بالجريمة المدنية délit civil أو دون أن يتعمد الإضرار بالغير أي بالإهمال و التقصير و عدم التبصر

---

(1): علي فيلالي ، المرجع السابق، هامش12،ص 28

(2): عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،ص 766

و هذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية quasi délit civil و يرجع ضابط الانحراف أو التعدي إلى المقياس ا رد in abstracto أي الأخذ بالمعيار الموضوعي (1)

أما الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية فهو الإدراك أو ما يعرف بالركن المعنوي بحيث أن الشخص الذي ى يدرك ما صدر عنه من عمل لا تجوز مساءلته لا أدبيا و لا جنائيا و لا مدنيا سواء كان عدو الإدراك راجع لصغر السن كالصبي أو ا نون أو المعتوه عيها تاما، فكل هؤلاء لا يمكن أن ينسب إليهم خطأ لأ م غير مدركين لأعمالهم،و هذا هو فضل النظرية الشخصية للمسؤولية التقصيرية و التي قوامها الخطأ فهي تربط المسؤولية بالخطأ و تربط الخطأ بالإدراك و التميز.

الفرع الثاني: تراجع فكرة (المسؤولية) الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية.

لقد تطورت المسؤولية المدنية منذ صدور التقنين الفرنسي تطورا عميقا ، فلقد كان للتطور الاقتصادي السريع منذ القرن التاسع عشر الأثر الكبير في تطور نظرية المسؤولية التقصيرية، إذ بقي عدد كبير من ضحايا النشاط الاقتصادي و الصناعي بدون تعويض و ذلك راجع لصعوبة إثبات عنصر الخطأ في حق المسؤول، هذا ما جعل الفقه والقضاء يبحثان عن أسس جديدة للمسؤولية تحقق أكبر قدر من الحماية للضحية.

فأخذت فكرة الخطأ تضعف شيئا فشيئا حيى كادت تختفي في بعض الحالات ، تارة تحت ستار الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس و طورا تحت ستار الخطأ المفترض الغير قابل لإثبات العكس .

إلا أن هذه المحاولات لم يجد نفعا إذ أن فكرة الخطأ بقيت دائما تلوح في الأفق و هذا ما جعل الضحية و في كثير من الحالات يجد صعوبة في إثبات هذا الخطأ باعتبار أن الضرر كان نتيجة لفعل الآلات أو المواد المستعملة و ليس من فعل الإنسان.

و عليه نادى الفقه إلى ضرورة تبني أساس آخر للمسؤولية التقصيرية لا يقوم على فكرة الخطأ بل يقوم على فكرة الضرر، و لقد تجلى هذا الاتجاه في تبني بعض الفقهاء لأفكار جديدة كأساس للمسؤولية المدنية و منها نظرية تحمل التبعة la théorie du risque و نظرية الضمان la garantie و هذا ما يعرف بالنظرية الموضوعية للمسؤولية المدنية ، وقالوا (2) إن النظرية الشخصية لم تعد تتفق لامع المنطق و لامع التطور الاقتصادي .

---

(1):ارجع إلى السنهوري ، المرجع السابق،ص 780،779..

(2):تقدم بنظرية تحمل التبعة جو سران وسالي في أواخر القرن التاسع عشر 1897،1894.

فمنذ انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية و أصبح التعويض المدني لا دخل للعقوبة فيه لم يعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ أساسا للمسؤولية المدنية و عليه يجب أن يكون أساس هذه المسؤولية هو الضرر الذي يستوجب التعويض لا الخطأ الذي يقتضي العقوبة و كذلك و من ناحية أخرى فهي تصطدم مع التطور الاقتصادي أين أصبحت المخترعات الحديثة مورد رزق كبير و مصدر خطر جسيم، فما دام الشخص ينتفع بالشيء فمن العدل أن يتحمل تبعته، و الغرم بالغنم. أي جبر الضرر يكون مقابل المنفعة التي يتحصل عليها.

فلقد تبنى كل من جو سران و سالي هذه النظرية على تفسير جديد للمادتين 1384،1382 من التقنين المدني الفرنسي ، فذهبا إلى أن المشرع الفرنسي لا يشترط ركن الخطأ في المادة 1382 إذ يقول < كل عمل أيا كان يوقع ضرر بالغير...>

(Tout fait quelconque de l'homme qui cause a autrui un dommage…)

و من هنا صيغت هذه النظرية التي تعرف باسم نظرية تحمل التبعات المستحدثة:

Théorie des risques crées

فالواجب في نظر هؤلاء الفقهاء هجر المسؤولية الشخصية إلة المسؤولية الموضوعية ، أي هجر المسؤولية القائمة على الخطأ و لو كان مفترضا ، إلى المسؤولية ا ردة عن أي خطأ و كما يقول السنهوري (1) : إن لهذا النظر أساس معقولا يقوم عل الاعتبار التالي: يقع الضرر من قبل شخص دون أن يثبت في حقه خطأ فمن الذي يجب أن يتحمل هذا الضرر ؟ أيتحمله المضرور و هو الذي خضع لتبعة لم يكن يد في إيجادها و ليس هو المستفيد منها. أم يتحمله محدث الضرر و هو الذي أوجد هذه النتيجة و هو الذي يستفيد منها؟

و لقد كان لهذه النظرية الأثر الكبير على التشريعات الحديثة ، حيث تخلصت من فكرة الجرم وشبه الجرم و أصبحت تتناول أحكام المسؤولية التقصيرية تحت عناوين جديدة كالعمل الغير مشروع و العمل المستحق للتعويض(2) بدل الجريمة وشبه الجريمة délit et quasi-délit ، ولقد أخذ ا المشرع الفرنسي في العديد من ا الات إذ نجد أنه أ×ذ ا في ما يعرف بتبعات الحرفة risque professionnelle و ذلك في التشريع العمالي الصادر سنة 1898(3) .

---

(1):أنظر السنهوري، المرجع السابق، ص 768.

(2): و هي التسمية التي أخذ ا المشرع الجزائري

(3): هذا المثال و بقية الأمثلة أوردها السنهوري،المرجع السابق،ص770 و ما بعدها.

و قد يلجأ ا تمع إلى تقنية التأمين كما هو الأمر بالنسبة مثلا للضمان الاجتماعي ، حيث يضمن كل الحالات التعويضية المترتبة عن حوادث العمل سواء كان هناك مسؤول أو أتعدم (1) .

فمن خلال ما استعرضناه نستنتج أن المدين في المسؤولية الشخصية يستطيع دائما دفع المسؤولية عن نفسه ، أما المسؤول في المسؤولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسؤولية حتى ولو نفى الخطأ و حتى لو أثبت السبب الأجنبي ، فما دام الضرر قد وقع من جراء نشاطه و لو بغير خطأ منه فهو مسؤول عنه.

فإذا اعتبرنا المتعسف قد ارتكب خطأ قامت بالتالي مسئوليته الشخصية و استطاع على إثرها أن يدفعها بالأسباب المعروفة ، أما إذا نضرنا إلى المتعسف وفق أحكام المسؤولية الموضوعية فيكون في هذه الحالة مسؤول مع كونه لم يرتكب أي خطأ.

و سيتجلى لنا كل هذا من خلال تحليلنا لمختلف المعايير أو الحالات التي يقوم عليها التعسف و ذلك في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

---

(1):أنظر على سبيل المثال الأمر 74_ 15 المؤرخ في 30 يناير 1974، و المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض على الأضرار المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 1974،ص230.
قانون رقم 83_13 المؤرخ في 2 جويلية 1983 يتعلق بحوادث العمل و الأمراض المهنية، الجريدة الرسمية رقم 28 لسنة 1983،ص 1809.

الفصل الثاني: حالات التعسف و مبنى المسؤولية عند توافرها

المبحث الأول: حالات التعسف في استعمال الحق

ليس من ريب أن التعسف في استعمال الحق يوجب مساءلة صاحبه، و بالتالي إلزامه بالتعويض، ولكن كيف نستبين ذلك التعسف و ما الذي يعرف به؟

لقد عمد الكثير من الفقهاء في هذا ا ال للبحث عن معيار من خلاله يمكن تحديد ما إذا كان التصرف يحمل في طياته التعسف أم لا، و لكن هؤلاء الفقهاء - فيما يبدو- لم يجمعوا على مفهوم واحد للتعسف و هذا راجع لإختلاف المذاهب الفقهية التي ينتمون إليها (1) و لقد كرست بعض هذه المعايير في العديد من النصوص القانونية في العديد من الدول على غرار المشرع الجزائري ضمن القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: المعايير الفقهية

لقد عمد الفقه جاهدا كما قلنا لإيجاد معيار من خلاله يمكن التعرف على التعسف في استعمال الحق.

و من خلال بحثهم هذا لمسنا مدى تأثر هؤلاؤ الفقهاء بالمذاهب القانونية التي ينتمون إليها، فمنهم من ركز في تحديده لمعيار التعسف على المعيار الشخصي أي النظر إلى نوايا التصرفات، و منهم من ركز على المعيار المادي أي النظر إلى نتيجة التصرف و الباعث أو الهدف من التصرف، و نجد أن المستقرئ لنظريا م في شأن هذا التحديد يلمس أثر الصراع القائم بين المذاهب الغربية و المذاهب الاشتراكية في نظر م للحق ، و نجد في مقابل كل هذا أن فقهاء الشريعة الإسلامية أبدعوا في تحديد معايير التعسق و ذلك من خلال استقراء النصوص الشرعية الواردة في هذا ا ال من كتاب و سنة و فقه الصحابة ، كل هذا بفضل عاملا الدين و الأخلاء اللذان ولدت الشريعة في أحضا ما.

---

(1): أنور سلطان، المرجع السابق،ص20

الفرع الأول: معايير وردت في الفقه المقارن

و منها المعيار الشخصي و الذي يعتبر أقدم معيار للتعسف، عرفته الشرائع القديمة كما قدمناه و لذا فهو يمثل التعسف في صورته البدائية، بحيث يقوم هذا المعيار على نية الإضرار أو قصد الإضرار الذي يتوافر لدى صاحب الحق و على هذا فلا عبرة بالأضرار الاحقة بالغير من جراء لستعمال الحق إذا لم يكن مقصودة (1).

و لقد كانت محكمة كولمار الاستئنافية أول من قال في القضاء الفرنسي بمجوب المساءلة عند توافر نية الإضرار فيما قررت:

S'il est de principe que le droit de propriétaire est un droit en quelque sorte absolu, cependant l'exercice de ce droit comme celui de toute autre, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime, que les principes de la morale et de l'équité s'oppose a ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice a autrui. (2)

و كان هذا الحكم خاص بالتعسف في استعمال حق الملكية و الذي قضت فيه بمسؤولسة المالك الذي أقام مدخنته فوق سطح م له في مو اجهة نافذة جاره بقصد إيذائه(3).

و لما كان الإقتصار على الإخذ ذا المعيار ـ قصد الإضرار ـ يضيق من نطاق النظرية فلقد تم ادخال حالات أخرى للتعسف تندرج تحت هذا المعيار و منها:

انتفاء المنفعة و لو لم يثبت قصد الإضرار, فهذا المعيار يعتبر قرينة دالة على معيار قصد الإضرار و تابعا له، لأن من يستعمل حقه دون أن يثبت توخيه لمصلحة جدية تعود عليه، و يلحق بغيره في الوقت نفسه ضررا، فيعتبر بذلك متعسفا.

---

(1): فتحي الذريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق،ص318

(2): قرار2|5|1955 محكمة كولمار،منشور في dalloz 1956 ، ص9

(3): و هناك أحكام أخرى كحكم محكمة النقض الفرنسية،الغرفة المدنية في 3|8|1915 منشور في دالوز الأسبوعي سنة 1915،ص610 ما يعرف بقضية كلمون بيار.

كما صدر من نفس الجهة القضلئية حكم في10|1|1964 قضت بالتعسف في استعمال الحق على مالك زرع في أرضه نباتا و تركه يمتد إلى أرص جاره.

أي أن استعمال الحق دون ثبوت منفعة يعتبر قرينة على نية الإضرار.
و يلحق بعض الفقهاء حالة أخرىتدخل ضمن نطاق قصد الإضرار ألا و هي تفاهة المصلحة أو الفائدة المرجوة فهي من التفاهة ما يجعلها لا تستحق الذكر مقارنة مع الأضرار التي قد تصيب الغير.
و من كل هذا يمكن القول ان المعيار الشخصي أو الذاتي لنظرية التعسف في استعمال الحق يقوم على نية الإضرار الثابتة أو المفترضة.
هذا ما أدى بالبعض إلى تبني المعيار المادي أو الموضوعي بحيث يرى اصحاب هذا المعيار أنه من العسير البحث عن القصد أو النية، فصلا على أن ذلك يفسح مجالا أمام القضاة للتحكم، كما لا يتوقع من صاحب الخق أن يقربقصد الإضرار، و في هذا يقول :
Saleil : rien n'est plus dangereux ou sinon, rien n'est plus inutile que de vouloir s'enremetre uniquement a la psychologie individuelle du soin de fournir le critère de l'abus de droit , il n'est personne qu'est en pareil cas , d'avouer qu'il n'avait d'autre but que de nuire a autrui.(1)
و حسب الفقيه سالي فإن القاعدة الإساسية أو المعادلة الأساسيى للتعسف في استعمال الحق تكمل في الاستعمال الغير طبيعي للحق، أي الإستعمال المناقض للغاية الاجتماعية التي من أجلها شـرع الحق و بالتالي يناقض الحق ، لأن الحق في حقيقته نسبي و ليس مطلقا.
و إلى هذا ذهب الاستاذ جوسران إذ يرى أن التعسف هو استعمال الحق على وجه ينافي الغرض الإجتماعي و الإقتصادي الذي شرع من أجله ، و يقول أن المعايير السابقة و خاصة التي وضـعها القضاء الفرنسي من نية الإضرار و إ يار التوازن... الخ (2)، جعلتنا نلمس بعض أجزاء النظرية، و لكن هذا المعيار أي معيار الهدف الإجتماعي سيظهر لنا جليا النظرية كوحدة متجانسة تدخل في إطارها كل الحالات الإستثنائية. (3)

---

(1): jean charmont, revue trimestrielle de droit civil, tome1, 1902, p123.

(2): حسين عامر، المسؤواية المدنية و العقدية، المرجع السابق،ص231

(3): louis josserand, essaie de téléologie juridique, l'esprit des droits et de leur Relativité, théorie dite de l'abus des droit, p368.

لقد تبنى هذا المعيار الكثير من الفقهاء فنجد مثلا الفقيه لوران يتساءل و يقول : لماذا الحقوق معاقب عليها؟ ثم يجيب ويقول : لأن هذه الحقوق تعتبر ميزات ضرورية منحت لنا من أجل تحقيق مهمتنا على وجه الأرض.(1)

و خلاصة هذا المعيار أنه يقيم التعسف على فكرة التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق و يعاب عليه أنه معيار واسع إذ يجر معه تأويلات مختلفة من القضاة بحيث سيجدون أنفسهم ملزمين بالبحث عن نوايا الأشخاص من خلال تصرفا م إذ يقول:

Planiol: le juge et obliger de scruter les consciences, de connaître et peser les motifs. Le coté psychologique devient dominant, il est à craindre que la législation civile n'entreprenne la une œuvre au dessus de ses forces. (2)

و لكن في الحقيقة كما يقول جوسران أن القاضي لا يبحث عن نية صاحب الحق في تصرفه، و لكن سوف ينظر إلى الإتجاه الذي أعطي للحق عند استعماله، فإذا كان هذا الإتجاه و هذا الإستعمال يخالف الروح الإجتماعية فيكون عندئذ صاحبه متعسفا و مسؤول عن تصرفه هذا. (3)

الفرع الثاني: معايير وردت في الفقه الإسلامي

إن معايير النظرية في الفقه الإسلامي أو بتعبير أصولي " أصول التعسف " أو " العلل " التي يتحقق ا التعسف، قد جمعت بين المعايير الذاتية و الموضوعية أو المادية و ما تفرع عنها، و كانت من السعة و المرونة بحيث تستجيب لمقتضيات كل تطور اقصادي أو اجتماعي أو حضاري (4) ، و عليه فإن نظرية التعسف في الفقه الإسلامي تجمع بين معيارين رئيسيين هما:

المعيار الذاتي أو الشخصي: أين يتم التركيز من خلاله على العوامل النفسية و التي تبعث صاحب الحق على التصرف بذلك الشكل من خلال قصده الإضرار بغيره أو أن الباعث إلى المصالح التي يريد تحقيقها غير مشروع.

- -

(1):ورد هذا القول في روح الحقوق لجوسران ، المرجع السابق

(2): George Ripert, la règle morale dans les obligation civiles, paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1935, p177.

(3): جوسران، المرع السابق،ص374

(4): فتحي الذريني،الحق و مدى سلطان الدولة في تقيده،المرجع السابق،ص32

المعيار المادي: و الذي من خلاله ينظر إلى النتيجة المترتبة على استعمال الحق بغض النظر عن نية صاحب الحق و قصده، و يظهر ذلك من خلال الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين أين يغيب التناسب بينهما على الإطلاق، و كذلك من خلال الضرر الفاحش اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره و ايضا الضرر العام اللاحق با تمع الإسلامي.

و يتلخص المعيار الذاتي أساسا على تمحيص قصد الإضرار و هو أقدم معايير التعسف و أصلها، إذ الشريعة الإسلامية تمنع القصد إلى الإضرار بالغير من وراء استعمال الحقوق ، لأن هذا القصد ينافي و الإغراض التي من أجلها وضع الشارع هذه الحقوق.

و لقد سبق في إطار عرضنا لأدلة النظرية من الكتاب و السنة ، للعديد من الأدلة التي تبين وترسخ فكرة وجوب عدم الإضرار بالغير من خلال استعمال الحق لأن ذلك يعتبر تعسفا يؤدي بصاحبه إلى المنع و العقوبة،فحديص الرسول عليه الصلاة والسلام " لا ضرر و ضرار في الإسلام " و الأدلة الأخرى تعتبر أصلا للمعيار الذاتي للنظرية ، فمثلا قوله **عز و جل " و إذا كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة و أن تصدقوا خير لكم** إن **كنتم تعلمون " البقرة**

فهذه الآية تمنع مضرة الدائن للمدين في حالة وفاء الدين، إذ أن الدائن يمنع في استعمال حقه المتمثل في سداد دينه في حالة ما إذا كان مدينه معسرا، فاستعمال الحق في هذه الحالة ينطوي على الإضرار و بالتالي يعتبر صاحبه في حالة تعسف.

و من جهة أخرى نجد أن المذاهب الفقهية قد أوردت تطبيقات عديدة لهذا المعيار ، مثاله ما ورد في تبصرة الأحكام لإبن فرحون عن المذهب المالكي " أنه لو ادعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة و ليس لهم من فضد إلا التشهير م و إيقافهم أمام القضاء، فلا تسمع الدعوى ويؤدب المدعي " (1)

و قد يستعان بالقرائن لتبيان نية صاحب الحق من استعماله لحقه و من ذلك أن لا يكون له منفعة من هذا الإستعمال و الذي سيؤدي إلى ترتيب ضررا للغير، فهذا الفعل يعتبر قرينة على تمحض قصد الإضرار ، و قد ثبت هذا الدليل فيما روي من قضاء عمر في قضية محمد ابن سلمة (2).

---

(1): أنظر باقي التطبيقات في نظرية التعسف، فتحي الذريني ، المرجع السابق،ص 244

(2): راجع الصفحة 6 من هذا البحث.

وكذاك يمكن تبيان قصد الإضرار من خلال الدافع في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع ، فيعتبر تعسف لأن قصد صاحب الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع.

أما المعيار المادي أو الموضوعي فمن خلاله ينظر إلى نتائج الأفعال لاكتشاف التعسف وفق ضوابط محددة، و هذا المعيار مشتق من أصل ثابت في أصول الفقه الإسلامي و هو النظر في مآلات الأفعال و الذي تفرع عنه مبدأ سد الذرائع و الإستحسان و الإستصحاب.

فينظر من خلال هذا المعيار التوازن بين المصالح ، فإذا انعدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق و الضرر الذي قد يصيب الغير يعتبر صاحب الحق في حالة تعسف، إذ أن المصلحة أو المنفعة التي يتوخاها من جراء استعمال حقه هي من التفاهة بحيث لا يقبل عقلا أن يتحمل الغير الأضرار من أجلها ، إذ أن الإختلال البين الذي ترجح فيه المفسدة رجحانا كبيرا يتناقض و ضابط المشروعات في الفقه ألا و هو غلبة المصلحة على المفسدة و من ثم يكون علة في تحقيق التعسف، وقد تتخد أيضا هذه التفاهة كقرينة على تحقيق قصد الأضرار . (1)

و من تطبيقات ذلك ما جاءت به السنة في قضية سمرة بن جندب (2)، وفي هذا يقول ابن القيم الجوزية:" و إن كان على صاحب الشجرة في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشلرع يدفع أعظم الضررين بأيسرهما ، فهذل هو الفقه والقياس و المصلحة و ان أباه من أباه". (3)

و من خلال هذا المعيار أيضا يمنع صاحب الحق من استعمال حقه إذا تغير وجها إلى استعمال أضر من غيره ، و لو كانت له مصلحة مشروعة غير تافهة، لأن توخيه لذلك الوجه الضار قرينة على قصد الإضرار و لا يشفع له كونه قاصدا مصلحة جدية مشروعة.

أي أن الفعل الذي يتخذ وسيلة لاستعمال الحق ينبغي أن يكون لازما و ملائما حتى إذ لم يكن كذلك، كان تعسفيا إذا ألحق بالغير مضرة.

---

(1):الموافقات،لإمام الشاطبي، المرجع السابق،ص348

(2):ورد نص الحديث في الصفحة 6من هذا البحث

(3):الطرق الحكمية لإبن الفيم الجوزية، المرجع السابق،ص310

الضرر الفاحش:

لقد ورد هذا المعيار بصفة خاصة في الفقه الإسلامي ، كون أن الفقه الاتيني و على رأسه الروماني كان يعطي لحق الملكية معاني المذهب الفردي أي أنه حق مطلق وغير مقيد بعيد عن كل التأثيرات الاجتماعية ، و لقد حذ المشرع الفرنسي في القانون المدني 1804 حذو القانون الروماني في إقراره لمبدأ إطلاقية حق الملكية.

فالفقه الاسلامي قرر هذا المعيار إذا للتنسيق بين المصالح الفردية المتعارضة لا سيما في العلاقات الجوارية، أين نجد المذاهب الفقهية كلها تقر أن حق المالك مقيد في التصرف في ملكه بما يجعله يمتنع عن إلحاق الأضرار الفاحشة بجاره، و هذا ما يعرف قانونا بالمضار الغير مألوفة، بحيث أن تصرف المالك على نحو يلحق بجاره أضرارا فاحشة تخل بالتوازن بين المصالح الفردية ومآل ذلك الإخلال بالمصلحة العامة لحساب الصالح الفردي، و ذلك هو انحراف الحق عن غايته، إذ لم يشرع لذلك.

و قد يكون الضرر الفاحش ماديا كالدخان الكثيف و الأصوات المقلقة ومنع الشمس و الهواء والنور...إلخ ، كما قد يكون معنويا كالإشراف على مقر النساء في الدار ا اورة.

و لقد جاء تعريف الضرر الفاحش في المادة1199 من مجلة الأحكام العدلية " بأنه كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكن أو يضر بالبناء أي يجلب له وهنا و يكون سببا لا دامه" (1)

و من هذا التعريف يمكن أن نستخلص بأن هذا المعيار هو معيار موضوعي ومادي بحث إذ أن من خلاله ينظر إلى نتيجة الفعل أو التصرف و علىأساسها يقرر فيما إذا كانت هناك حالة تعسف أم لا.

و عليه يمكن القول بأن نظرية التعسف ترتبط أساسا بالنتائج المترتبة على استعمال الحق لا بمضمونه ، أي بالسلطات الممنوحة لصاحب الحق، لأنه ومن المفروض أن المالك يتصرف ضمن حدود هذه السلطات و لايتجاوزها، بعبارة أخرى: أن نظرية التعسف تتعلق بغاية الحق.

فالحق لم يشرع ليكون وسيلة تفرض على الناس أضرارا فاحشة لأن ذلك كما بينا لا يتفق و روح الشريعة وغايتها الأساسية من حفظ حق الفرد وحق الغير معا.(2)

---

(1): عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،ص849

(2):فتحي الذريني، نظرية التعسف، المرجع السابق،ص270

و في الأخير و من خلال استعراضنا لمعايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، يمكن القول أن هناك أصل عام واحد تندرج فيه جميع هذه المعايير ألا و هو" استعمال الحق في غير ما شرع له" لأن هذه الحقوق بمثابة الميزة لأصحا ا ، شرعت للاستعمال المحدد و لتحقيق أغراض محددة ، فإذا انحرف أصحا ا عن هذه الأهداف و الأغراض ناقضوا قصد الشارع في التشريع و بالتالي كانوا في حالة تعسف. (1)

---

(1):فتحي الذريني، نظرية التعسف، المرجع السابق،ص281

المطلب الثاني: المعايير التشريعية

لقد كان للفقه والقضاء الاثر الكبير على التشريعات القانونية الدولية فيما يخص تقنين نظرية التعسف في استعمال الحق ، إذ وجدت هذه النضرية في أغلب التشريعات الغربية منها و العربية على الرغم من تفاو ا فيما يخص تحديد معاييرها و حالا ا.

فلقد ركزت معظم التشريعات الغربية على معيار نية الإضرار و هذا راجع لتأثرها بالمذهب الفردي الذي يدعو إلى إطلاق الحريات و عدم تقييدها و بالتالي التقييد من النظرية و جعلها تقتصر فقط على المعيار الذاتي في أصيق حدوده و هو قصد الإضرار كما ذعب إليه القانون الألماني.

ومنهم من كان أكثر توسعا في هذا ا ال كالقانون السويسري رغم ما يحمل من إ ام في عباراته إذ تنص المادت 2 منه على :" يجب على كل شخص يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيد التزماته طبقا للقواعد التي ترسمها حسن النية، أما التعسف الظاهر فلا يقره القانون."

فماذا يقصد بقواعد حسن النية، وهل لحسن النية باعتبارها حالة نفسية يصعب التعرف عليها قواعد تحكمها؟! و ما هو التعسف الظاهر؟ (1)

و البعض الآخر أخد بالمعيار الموضوعي كالقانون السوفياتي، و ذلك راجع للمذهب السياسي المتبع آنذاك.

بيد أن التشريعات العربية و على رأسها التشريع المدني المصري، أوردت هذه النظرية من خلال أولا التطرق إلى المبدأ العام (2) ثم التطرق إلى معاييرها أو حالا ا مستندة في ذلك ما جاء به الفقه الإسلامي (3).و الذي نص على النظرية بصفة واظحة رغم اقتصار القوانين العربية على بعض حالات التعسف التي وردت في الفقه الإسلامي دون التطرق لغيرها مثل ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال القانون المدني ضمن المادة41 منه، وذلك بتحديد ثلاثة معايير للنظرية، متأسيا بنظيره المصري.

---

(1):نظرية التعسف في استعمال الحق، فتحس الذريني، المرجع السابق،ص329

(2):المادة 4 من القانون المدني المصري.

(3):مجموعة الأعمال التحضيرية ج1، مأخودة من هامش نظرية التعسف لفتحي الذريني،ص232.

و فيما يلي سنركز دراستنا على المعايير التي وردت ضمن المادة 41 من القانون المدني الجزائري مع تبيان ما جاء في المذكرة الإسضاحية للقانون المدني المصري فيما يخض اعتماد هذه المعايير، كون المادة 41 هي نفسها المادة 5 من القانون المدني المصري.(1)

فقد جاء نص المادة 41 كالتالي: " يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:

_ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

_ إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

_ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

المعيار الأول: قصد الإضرار بالغير

يتعلق هذا المعيار بالقصد والنية، أو بعبارة أخرى أن يكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله لحقه و هي مسألة نفسية يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليها و عليه يكون الإعتماد في ذلك غالبا على الظروف و الوقائع التي تحيط بالتصرف، إذ يستخلص القاضئ هذه النية من انعدام الفائدة الكلية من استعمال الحق.

و مع ذلك فإن تطبيف هذا المعيار يقتضي الاستعانة بما يعرف بمسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف(2) فقد يقصد شخص و هو يستعمل حقه أن يضر بغيره و لكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحانا كبيرا عن الضرر الذي يلحقه بالغير، فقصد الإضرار لا يعتبر تعسفا إذ أن صاحب الحق ـذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوق للشخص العادي، أما إذا كان فصد إحداث الضرر هو العامل الأصلي المرجح عند صاحب الحق اعتبر هذه التصرف تعسفا(3).

و من حالات استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير كالذي يغرس في ملكه أشجار عالية و كثيفة أو يقيم جدار عالي بحيث يحجب النور و الهواء على عقار جاره المعد للسكن بحيث أن هذا التصرف لا يعود على صاحب الحق بأي نفع.

- -

(1): كذلك نجد نفس الصيغة نجدها بالنسبة للقانون الليبي،السوري و العراقي.

(2): العربي بلحاج، مجاة العلوم القانونية و الإقتصادية، المرجع السابق،ص685.

(3):عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،ص844

و مثاله أيضا مطالبة الدائن للمدين بالتنفيد العيني للالتزام، أداءا كان لا يعود عليه بأي نفع أو مصلحة جدية إلا أن القصد من ذلك كان إرهاق المدين و إلحاق الخسارة به.

و ما يؤيد هذا في الفقه الإسلامي قاعدة " الأمور بمقاصدها" فيتحمل المضرور عبئ إثبات قصد الإضرار ،و له في هذا، الإثبات بجميع الطرق لأنه ينصب على واقعة مادية، فإذا أقام المضرور الدليل على نية الإضرار اعتبر مستعمل الحق متعسفا في استعماله و مسؤولا عن الأضرار التي وقعت.(1)

المعيار الثاني:ترجيح الضررعن المصلحة

قد يتعذر أو قد يصعب التعرف على نية الشخص من خلال تصرفه، في هذه الحالة يلجأ إلى معيار" اختلال التوازن بين المصالح" (2)، فهو معيار يتخد قرينة على توافر نية الإضرار بالغير، و هو معيار مادي يقوم على الموازنة بين ما يصيب الغير من ضرر بالغ و بين ما يتحقق من نفع ضئيل أو قليل الأهمية لصلحب الحق ، و هذا المعيار منبثق من أصل مقرر في أصول الفقه و هو النضر في مآلات الأفعال و نتائجها.(3)

فهذا المعيار يعتمد على التفاوت بدرجة كبيرة بين القائدة المقصودة من استعمال الحق و الضرر الذي يلحق الغير بسبب استعمال نفس الحق ، و يتبين هذا التفاوت للقاضي بعد إجراء الموازنة بين المصالح المتضاربة، فإذا كان ثمتة اختلال ظاهر في التوازن بين الفائدة القليلة و الضرر الكبير اعتبر مستعمل الحق متعسفا .

----

(1): العربي بلحاج، المرجع السابق،ص684

(2): حسين عامر، المسؤولية المدنية و العقدية، المرجع السابق ص 251

(3): و يقرر هذا الأصل أن الفعل إذا كان له مآلان متعارضان، وكانت المفسدة فيه مساوية للمصلحة أو راجحة عليها، لم يبق الفعل مشروعا، فما بالك إذا كانت المصلحة ضئيلة لا تتناسب مطلقا مع ما يلزم عنها من مفسدة، فاختلال التوازن إذن هو العلة في التعسف ، عن الموافقات للشاطبي، فتحي الذريني،ص345

و نلاحظ أن المشرع الجزائري انفرد باستعماله لمصطلح" الفائدة" عكس التشريعات الأخرى التي استعملت مصطلح المصلحة كالمشرع المصري مثلا، فمصطلح الفائدة يحمل في طياته معاني مادية، فالمشرع يشترط قلة الفائدة المقصودة في التصرف بالنسبة إلى الضرر الناشئ عنه، و كأن الأمر هنا يتعلق بالأمور المالية فقط ، بيد أن مصطلح المصلحة هو أكثر ملائمة كون أن الشخص في استعماله لحقه يسعى إلى مصالح قد تكون اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، و عليه فالمصلحة هي الغاية الشرعية للحق (1)

و لقد أورد المشرع الجزائري مثال أو تطبيق لهذا المعيار في المادة 2/708 " غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عدر قانوني، إذا كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط"

فهذه الصورة تقوم على أساس عدم التوازن بين المصالح المتضاربة لصاحب الحق و الغير، فكلما كانت فائدة صاحب الحق أقل من الضرر الذه يصيب الغير اعتبر متعسفا في استعمال حقه و لو لم يكن عدم التوازن نتيجة قصد الإضرار بالغير(2)

المعيار الثالث: عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها

يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا كان يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، و تكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف النظام العام و الآداب العامة أو حكما من أحكام القانون. ذلك أن المشرع لا يمكن أن يوفر الحماية القانونية لمصالح غير مشروعة لأ ا تتعارض مع مصالح الجماعة و النظام القانوني برمته.(3)

و المعيار في هذه الحالة الثالثة هو معيار موضوعي أيضا و إن كان يستدل عليه بعوامل شخصية و هي القصد أو النية من استعمال الحق، و ذا مزج هذا المعيار بين العنصر الذاتي و العنصر المادي، إذ يجب معرفة وجه المصلحة فيه كما يجب تقدير مشروعية هذه المصلحة.

---

(1): الغوتي بن مالحة، دروس ألقيت على طلبت الماجيستار، السنة الأولى،2000|2001، غير مطبوعة

(2): محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية،ص 154

(3): العربي بلحاج، المرجع السابق،ص 683

و يقول المشرع المصري في مذكرة المشروع التمهيدي: إن النية غالبا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة و أن تطبيق هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطا ا، كفصل الموظفين إرضاءا لغرض شخصي(1)

و أمثلة المصالح الغير المشروعة: أن يطلق الزوج زوجته بحجة أ ا لا تريد السكن مع أقاربه(2) أو تمسك المتعاقد بحقه في أبطال العقد مدعيا وقوعه في غلط غير أنه في حقيقة الأمر يريد التخلص من العملية العقدية التي أبرمها كو ا غير رابحة، أو رب العمل الذي يستعمل حقه في فصل العامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال(3)...إلخ فكل هؤلاء قد تعسفوا في استعمال حقوقهم لأ م يرمون من خلال استعمالها إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.

و تجدر الإشارة هنا أن معيار عدم مشروعية المصلحة يشبه المعيار الفقهي القائل بالغرض الغير مشروع motif illégitime لجوسران الذي يقول: أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه إذا كان الغرض الذي يرمي إليه غرض غير مشروع، فللمعيارين نتيجة واحدة إلا أن معيار المصلحة الغير مشروعة كما يقول الأستاذ السنهوري هو تعبير موضوعي عن المعنى الذاتي الذي ينطوي عليه معيار الغرض الغير مشروع، فهو إذا أدق من ناحية الإنضباط و أسهل من ناحية التطبيق(4).

---

(1): حسين عامر، المرجع السابق،ص252.

(2): المحكمة العليا،ملف رقم 251682 ،قرا ر 2000/11/21، قضية: ص ف ضد س أ، جاء في حيثياته: حيث أن الامتناع عن مساكنة أقارب الزوج لا يعتبر نشوزا من طرف الطاعنة لقول خليل < و لها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه...> الأمر الذي يجعل المطعون ضده قد تعسف في إيقاع الطلاق على الطاعنة و التي تستحق التعويض جبرا للضرر،ا لة القضائية،الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد الأول، سنة 2001، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث،ص290.

(3): المحكمة العليا،ملف رقم 23775 ، قرار 1981/5/11 ،قضية ج م ضد ش و-ح ص، جاء في خيثيا ا: التسريح الذي وقع للطاعن لم يكن لأي سبب غير ممارسة حقوق نقابية...، فإن أحكام الدستور تنص على حرية العمل النقابي، و الحال أن التسريح الذي وقع تسريح تعسفي.، ا لة القضائية، العدد 2، سنة1989 ،الغرفة الاجتماعية،ص150، وفي نفس الغرفة قرار بتاريخ 2001/2/13 ص 177، قرار 2001/2/14 ص195، المج القضائية، العدد الأول،سنة 2002. قرار 2000/1/18، المج.القض.العدد2 ،2001.

(4): عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،ص847

الضرر الفاحش

يمكن إضافة معيار الضرر الفاحش إلى المعايير السابقة ، و لقد نص عليه المشرع الجزائري فس النصوص المتعلقة بمضار الجوار الغير مألوفة.

و هذا المعيار هو نتيجة اجتهاد الفقه الإسلامي إذ خصه بكيان مستقل و عبر عليه " بالتعارض مع حقوق أخرى يتعطل اسنعمالها على الوجه المألوف" و لا نرى مانع بالأخذ ذا المعيار المادي إذا اعتبرنا أن الحالات الواردة في نص المادة 41 جاءت على سبيل المثال(1)، فكل المعايير التي و وضعها الفقهاء أو أشارت إليها القوانين لم ترد على سبيل الحصر بل للاسترشاد ا و القياس عليها، وليس ثمتة ما يمنع الفضاء من استنباط معايير أخرى حسبما تستلزمه وقائع و مناسبات ما يطرح عليه من منازعات(2)

فلقد جاء النص على معيار الضرر الفاحش ضمن نص المادة 691 من القانون المدني الجزائري المقابل لنص المادة 807 من القانون المدني المصري، بعدما كانت ضمن الحالات الأخرى للتعسف الواردة في المشروع التمهيدي للق الم في المادة 6 منه.

فنصت المادة 691 من القانون المدني الجزائري على: " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف، و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة للآخرين و الغرض الذي الخصصت له "

قد سبق و أن عرفنا الضرر الفاحش بأنه ما يمنع الحوائج الأصلية أي الوقوف دون الوصول إلى الغرض أو المنفعة الأصلية التي من أجلها شيد البناء أو العمل على الإضرار به، و السؤال الذي يثار في هذه الحالة هو معرفة مايمكن اعتباره ضررا مألوفا و ما يمكن اعتباره غير ذلك.

---

(1): فالمادة جاءت لتبين حالات التعسف الأكثر شيوعا في الواقع العملي،إذ ليس هناك ما يمنع من تبني حالات أخرى قد تطرأ في الواقع العملي كمسألة مضار الجوار الغير مألوفة التي نص عليخا المشرع الجزائري في المادة 691من القانون المدني.

(2): حسين عامر،المرجع السابق،ص 253_ 254.

فلقد وردت الإجابة على هذا السؤال ضمن الفقرة الثانية من نص المادة 691 ، "من أنه ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة "التي لا يمكن تجنبها و إنما أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف يراعى في ذلك العرف و غيره من الإعتبارات(1)

فهذا المعيار كما يبدو قد يتغير من حالة إلى أخرى حسب مراعات تلك الإعتبارات السابقة، إذ أنه ما يعتبر ضررا مألوفا في مكان مكتظ بالمحال العامة و المصانع يعتبر ضررا غير مألوف في مكان هادئ يخلو من مثيل تلك المحال.

و لا ريب في أن ما يعتبر ضررا مألوفا لم تكون الضجة من طبيعة عمله ، يعتبر ضررا غير مألوفا لمن يستلزم عمله الهدوء و النفكير

هذا مع وجوب مراعاة ما تقضي به القواعد الفقهية للشريعة الإسلامية من أن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام و أن درء المفاسد أولى من جلب المصالح .(2)

---

(1): حسين عامر، المرجع السابق،ص 255

(2): فهذه القواعد صيغ أجمالية علمة من قانون الشريعة الإسلامية، و من جوامع الكلم المعبر عن الفكر الفقهي،استخرجها الفقهاء عي مدى متطاول من دلائل النصوص الشرعية،و كثير منها يعبر عن مبادئ حقوقية معتبرة و مقررة لدى القانونين، راجع في هذه الشيخ أحمد الزرقاء،شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للتعسف في استعمال الحق

بعدما أبرزنا معالم نظرية التعسف في استعمال الحق من خلال ما سبق من البحث، بداية من نشأ ا و وصولا إلى إطارها المعروف حاليا، إذ نصت عليها العديد من التشريعات و جرى الأخذ ا قضائيا بالنسبة إلى الدول التي لم تنص عليها ضمن تشريعا ا كفرنسا،إذ قضت محاكمها ضمن قرارات عديدة على مسؤولية من يستعمل حقه قصد الإضرار بغيره(1).

فالمسألة الآن لم تعد تقتصر على إمكانية مساءلة الشخص الذي يستعمل حقه عند احداث ضرر بالغير،إذ اصبح من المسلم به أن من يستعمل حقه و أدى ذلك إلى الإضرار بالغير و جب عليه تعويض هذا الشخص حسبما وقع له من ضرر كون أن هذا الشخص قد تعسف في استعمال حقه.

فمسؤولية المتعسف في استعمال حقه إذن أمرا لا جدال فيه، لكن المشكل الذي يثور في هذه القضية هو معرفة الأساس القانوني الذي من خلاله يمكن إقامة هذه المسؤولية.

فلقد اتجه جانب كبير من الفقه إلى القول بأن الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق هو المسؤولية التقصيرية(2)، و بعبارة أخرى أن التعسف في استعمال الحق خطأ يلزم مرتكبه بالتعويض عما تسبب فيه من أضرار.

و خالف هذا الإتجاه فريق آخر، فجعل النظرية ذات كيان مستقل و بين أن حقيقة التعسف هو الإنحرلف بالحق عن غايته،فصاحب الحق هنا استعمل حقه في المنطقة المرسومة لهذا الحق، فلا بد لنا إذا أردنا ـ كما يقول شمس الدين الوكيل ـ أن ننسب إليه تعسفا أن نبحث على أساس آخر غير الخطأ. (3)

إن المسألة بتعقيدا ا و خاصة بتعدد الأحكام القضائية و الآراء الفقهية حولها، تقتضي الخوض فيها و ذلك من خلال التدقيق في حالات التعسف الواردة ضمن النصوص القانونية.

---

(1): مثل قرار محكمه كولمار سنه 1955 السابق ذكره ، و ما يعرف بقضية كليمون بيار

(2): من مؤيدي هذه النظرية مازو، و السنهوري

(3): شمس الدين الوكيل، دروس في القانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية،1966،ص255

و من خلال البحث في هذه الحالات يمكن إيجاد الأساس القانوني الذي يجمعها كلها و الذي سيستند عليه القضاة فيما سيصدرونه من أحكام و قرارات في من تعسف في استعمال حقه.
و بما أن المشرع الجزائري نص في القانون المدني على نظرية التعسف في المادة41منه، وعليه يمكن و من خلال دراسة مختلف الحالات الواردة في نص المادة يمكن تبيان الاساس القانوني للنظرية .
و باستقراء نص المادة يمكن حصر هذه الحالات في صنفين:
_ حالة استعمال الحق بقصد الإضرار.
_ حالة استعمال الحق بدون قصد الإضرار.

المطلب الأول: حالة استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير

لقد اتفق جل الفقه (العربي و المقارن) و جل التشريعات على اعتبار استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير تعسفا، و الذي من خلاله يتحمل المتعسف المسؤولية عن الأضرار التي تعرض لها الغير، و هذا ما يكرس المعيار الذاتي أو الشخصي لنظرية التعسف في استعمال الحق.
ففي هذه الحالة، أي استعمال الحق بقصد الإضرار يكون من السهل القول و الملاحظة بأن التعسف هنا ما هو في حقيقة الأمر إلا تطبيق لمفهوم الخطأ، فاستعمال الحق بقصد الإضرار ما هو إلا خطأ تقصيري و المتمثل في تعمد الإضراربالغير(1).
و بدون أن نخوض في مجال تعريف الخطأ، إذ أنه لم يحدث و أن اختلف الفقه في تعريف مفهوم قانوني مثل ما اختلف في تعريف الخطأ، و ذلك لما قد ينطوي على هذا التعريف من التأثر بالا عات الدينية و الفلسفية و الخلقية، و عليه نكتفي بالقول بأن الخطأ هو انحراف الفرد عن السلوك المألوف للشخص العادي.
و قد يثار النقاش حول مسألة تحديد معيار الإنحراف عن السلوك المعتاد، كون أن القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 124 و كذلك نضيره الفرنسي من خلال نص المادتين 1382،1383 من القانون المدني الفرنسي لا يعطي أي توضيح في هذه المسألة.

----
(1): mazeaud et Tunc, traité théorique et pratique de la responsabilité civil, T1, 6 eme édition.1939, p434.

فهل يعتد بالمعيار الذاتي المحض أي in- concreto و ذلك من خلال البحث عن نفسية المحدث للضرر، إذ لا يمكن توقيع عليه التعويض إذا ما كان ضميره سليم، أو يعتد بالمعيار المجرد in- abstracto أي يعالج و يراقب التصرف المخطأ بذاته خارج صاحبه مع مقارنته مع شخص آخر مجرد.

و يبدو أن المشرع الجزائري قد حسم المسألة بتبنيه للمعيار المجرد و ذلك بالتزام المدين في المسؤولية العقدية بأن يبذل في تنفيذ التزامه عناية الرجل المعتاد le bon père de famille .

و بالتالي يمكن و وفق مجال المسؤولية التقصيرية بأن نأخذ بالمعيار المجرد لتحديد التصرف المخطأ كما ذهب إلى ذلك الأستاذ السنهوري،إذ قاس التعدي بمعيار الإنحراف عن سلوك الرجل العادي منظور إليه نظرة مجردة عن ظروفه الشخصية، بحيث لا تأخذ مثل هذه الظروف من مرض و غيره في الإعتبار و يأخذ بعين الاعتبار ظروفه الخارجية من زمان و مكان، قياسا بالرجل العادي من طبقته أو طائفته أو جنسه.

فالطبيب العادي هو الذي لا ينحرف عن سلوك أمثاله من الأطباء العاديين الذين لا يعتبرون من النابغين الممتازين و لا من الخاملين المهملين، و الأمي الريفي الغير مثقف يقاس بمعيار طبقته من الأميين العادين، و لا يعتبر هذا من قبيل الأخد بالضروف الشخصية(1).

و من كل هذا نقول أن استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير هو خطأ تقصيري ، إذ يحمل في طياته الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي و الذي قصد من خلال استعمال حقه الإضرار بالغير ، إذ أن الشخص العادي لا يستعمل حقه ليضر بغيره.

و عليه و من كل ما سبق يمكن أن ندرج الحالة الأولى لنظرية التعسف في استعمال الحق الواردة ضمن نص المادة 41، تحت معيار الخطأ التقصيري ، أي نعتبر أن المتعسف في استعمال حقه بقصد الإضرار بغيره قد ارتكب خطأ عمدي أوجب مسؤوليته بتعديه على الغير.

فهو بهذا العمل قد أخل بواجب قانوني ليس بمحض إرادته الحرة فحسب بل رغبة منه في إلحاق الضرر بالغير،فهو إذن يريد الآثار المترتبة عن فعله هذا(2).

---

(1): علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق،ص147

(2): علي فيلالي، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص64

و مع كل هذا هناك من يقول بأنه يجب إخراج هذه الحالة من فكرة الخطأ، و جعل التعسف في هذه الحالة مصدرا للمسؤولية مستقلا عن الخطأ (1)، و هذا راجع في نظرهم إلى الفائدة العملية من هذا الطرح، كون استقلال التعسف عن الخطأ يساعد على إرجاع الحالة إلى طبيعتها و بالتالي الأخذ بمبدأ إصلاح الضرر المحدث(2).

و يرتكزون في هذا على التعريف المعطى للخطأ من طرف بلانبول بأن " الخطأ هو الإخلال بالتزام سابق" و أن المتصرف في حقه لم يخل بأي التزام، فتصرفه كان في الحدود الموضوعية لحقه.

و لكن و من زاوية أخرى فإن ربط الحالة الأولى للتعسف ذا التعريف الفقهي يعد أمرا منتقدا، إذ يمكن القول بأن هناك التزام سابق يقع على عاتق كل شخص يعمل في حدود حقه، ألا وهو عدم الإضرار بالغير بصفة عمدية، فهذا الإضرار يشكل خطأ عمدي وجب من خلاله مساءلة مرتكبه قصد جبر الضرر.

أي يمكن في هذه الحالة الإعتماد على المبدأ العام للمسؤولية الوارد ضمن نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري لإصلاح الضرر، و القول أن الحالة الأولى الواردة ضمن نص المادة 41 من الق.م.ج ما هي إلا صورة من صور الخطأ التقصيري(3) .

و لقد استند القضاء الفرنسي في مثل هذه الحالات لتوقيع المسؤولية على المتعسف على النص العام للخطأ، أي المادة 1382م.فرنسي كما هو الحال في قضية كليمون بيار(4)، و هذا أيضا ما ذهب إليه فقهاء الإسلام كالشاطبي ، بأن التعسف في هذه الحالة من باب التعدي بطريق التسبب عملا بقوله علية الصلاة و السلام" لا ضرر و لا ضرار في الإسلام"

- -

(1): و من هؤلاء (ما ورد في هامش 140،ص126، للدكتور أبو زيد عبد الباقي،مجلة الحقوق، الكويت،العدد2،جوان1983) في الفقه المصري: الأستاذ حسين كيرة في رسالة بالغة الفرنسية" نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي و المصري، باريس 1952" و كذلك في مؤلفاته، مدخل إلى القانون و أصول القانون، و في الفقه الفرنسي: جورج ريبار في القاعدة الخلقية، فقرة96

(2): مازو، المرجع السابق،ص 436

(3): محمدي فريدة، المرجع السابق،ص156

(4): حكم محكمة النقض الفرنسية،1915، سبق ذكره.

المطلب الثاني: حالة استعمال الحق دون قصد الإضرار

إن الحالتين الواردتين في نص المادة 41من الق.م.ج على الترتيب:

يعتبر استعمال الحق تعسفيا:

1_ إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

2_ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

تعبران عن المعيار الموضوعي للتعسف في استعمال الحق، إذ من خلالهما يتم فحص الفعل أو التصرف دون البحث عن نوايا الأشخاص و ذلك من خلال الموازنة بين ما سيجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه و بين الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء هذا التصرف،هذا من جهة،و من جهة أخرى فهاتين الحالتين أثارتا الكثير من التساؤل، إذ أن الأمر هنا يتعلق بمن يستعمل حقه مبتغيا من وراء هذا الاستعمال تحقيق مصلحة أو فائدة تعود عليه سواءا كانت صغيرة أو كبيرة، و في نفس الوقت سيترتب عن هذا الاستعمال ضرر بالغير لكن بدون قصد أو تعمد .

من هذه المفارقة انفجر النقاش الفقهي بكثير من الاختلافات، و التي حتما ستؤثر على القضاء الذي بدوره سيتخبط في القرارات المتناقضة التي سيصدرها(1).

إذ من الصعب القول بأن المستعمل لحقه في هذه الحالة قد ارتكب خطأ، بحيث أن من العناصر المكونة للخطأ هو فعل مجاوزة الحق أو القيام بعمل لا يستند إلى حق،فالمخطئ يعمل في دائرة عدم المشروعية و بالتالي تقرر في حقه المسؤولية المدنية التقصيرية أي المسؤولية عن الأفعال الضارة، والتي تلعب دورها فقط في المنطقة التي يجاوز فيها الشخص حدود حقه، أي في الدائرة المحرمة على صاحب الحق.

أما المتعسف فعمله مشروع في ذاته و العيب يكمن في النتيجة المترتبة على هذا الاستعمال،إذ أنه لو أعاد المتعسف نفس الفعل غير مشوب بقصد الإضرار أو لم ينجر عنه ضرر لزال عنه وصف التعسف و أصبح فعلا سليما.

---

(1): مازو، المرجع السابق، ص439

و من كل هذا لكي ننسب للمستعمل حقه تعسفا ، لابد أن نبحث على أساس آخر، ولا يتأتى هذا إلا بتحليل مختلف الحالات الواردة ضمن نص المادة 41ق.م و كذلك فيما يتعلق بمعيار الضرر الفاحش.

فيمكن تقسيم هذه الحالة إلى جزئين:

_ الأول يتعلق بحالة استعمال الحق بدون توفر مصلحة جدية

_الثاني يتعلق بحالة استعمال الحق استعمالا عاديا

الفرع الأول: استعمال الحق دون مصلحة جدية

يمكن أن ندرج الحالتين الأخيرتين من المادة 41 في هذا الجزء، كون أن من يستعمل حقه لكي يجني فائدة أو مصلحة ضئيلة في مقابل الضرر الذي سيتحمله الغير، أو كان الغرض من هذا الاستعمال هو الحصول على فائدة غير مشروعة ما هو في الحقيقة الأمر إلا عدم احتياط و اهمال من طرف صاحب الحق دون_ طبعا_ أن تتجه إرادته إلى إحداث الضرر بالغير أي دون توفر قصد الإضرار و هذا ما يعبر عليه قانونا بالخطأ الشبه التقصيري، أو ما يعرف ضمن التقسيم المعطى لدرجات الخطأ بالخطأ بالإهمال و الذي يشبه إلى حد كبير الخطأ الجسيم (1)

و على كل فالخطأ الجسيم مهما كان لا يفيد ان مرتكبه يرغب في تحقيق الضرر، فهو خطأ غير عمدي كالإهمال و عدم الحيطة غير أنه يتميز عنهما من حيث درجة الجسامة فقط.

إن باعتيار من استعمل حقه دون قصد الإضرار قد ارتكب خطأ شبه تقصيري أهمية بالغة في الميدان، حيث تثار مسؤولية هذا الشخص كالتي تثار ضد من استعمل حقه بنية الإضرار بالغير،ففي هذه الحالة لا يستطيع الشخص التخلص من المسؤولية و القول (بأني استعملت حقي دون مصلحة و لكن دون نية الإضرار،أي اعتبر نفسي مغفلا و لست عدائيا).

- -

(1): و هذا التشابه راجع إلى كون الرومان كانوا يعتبرون الخطأ الجسيم يأنه الخطأ الذي لا يرتكبه عادة الشخص القليل الذكاء و العناية، و كانوا يعطون الخطأ الجسيم حكم الغش لصعوبة إثبات الغش و لحيلولة دون أن يتظاهر مرتكب الغش بالغباوة تخلصا من جزاء الغش، راجع تقسيمات الخطأ، لعلي فيلالي، المرجع السابق، ص 66،65

الفرع الثاني: استعمال الحق استعمالا عاديا

في هذه الحالة يكون استعمال الشخص لحقه استعمالا قانونيا ، حيث أنه لم يخرف أي قاعدة قانونية وأنه أنه لم يرتكب أي خطأ أو عدم الحيطة و التبصر، أي عدم توافر لا الخطأ التقصيري و لا الخطأ الشبه التقصيري و أنه أخد كل التصريحات الإدارية اللازمة لقيامه بالتصرف،بيد أن تصرفه هذا أدى إلى الإضرار بالغير.

فهذه الحالة تمثل المشكلة والمعضلة الحقيقية التي وقعت فيها نظرية التعسف،إذ من غير الممكن توقيع المسؤولية على شخص لم يخرق أي قاعدة قانونية و أن استعماله لحقه كان مصاحبا بمصلحة جدية تعود عليه بالنفع ، و في نفس الوقت من غير الممكن أيضا أن نترك المضرور يتحمل أضرارا لا دخل له فيها بحجة أن المتسبب في الضرر كان في حالة قانونية و أن تصرفه خالي من أي شبهة.

فهذه الحالة أعجزت الكثير من الفقهاء إلى درجة أ م فضلوا التوقف فيما يخص التعسف في استعمال الحق على معيار نية الإضرار بالغير و عدم البحث في الحالات الأخرى و التي قد تؤدي م إلى الخروج عن المبادئ القانونية و الخوض في مجال أكثر توسعا ألاوهو مجال قواعد العدالة و الأخلاق.

و في المقابل هناك من الفقهاء من غامر و فضل بشجاعة البحث في هذا ا ال، كما جاء ذلك على لسان jean charmont معلقا على أعمال كل من jean bosc, Ernest porcherot :

(Aussi j'acquitte une dette, en remerciant m. jean bosc et m. Ernest porcherot, qui n'ont pas craint de s'aventurer sur ce domaine si mouvant, si peu sur, de l'abus de droit, ou je me hasarde a les suivre.) (1)

و كل هذا راجع إلى إلى الفكرة التي تخالط هذه النظرية إذ لا يمكن أن نفصل التعسف في استعمال الحق عن الوظيفة الغجتماعية للحق ، بحيث أن خرق هذه الوظيفة من طرف صاحب الحق تؤدي به إلى المساءلة على أساس التعسف، كون أنه من غير المنطقي أن نقر بأنه لا وجود لفكرة التعسف خارج معيار أو أساس نية الإضرار فالواقع و كل الحقائق تبين عكس ذلك.

---

(1): jean charmont, revue trimestrielle de droit civil, tome1, p8.

هذا ما جعل بعض الفقهاء يعملون للوصول إلى أساس قانوني يعتمدون عليه عند توقيع المسؤولية ضد من تعسف في استعمال حقه، كما ذهب إليه الفقيه جوسران من خلال اعتناقه لمعيار الهدف الاجتماعي ثم لمعيار الدافع أو الهدف المشروع.

معيار الهدف الاجتماعي: But social

بالنسبة لجوسران إن مجال التعسف في استمال الحق يتعدى فكرة نية الإضرار بالغير ، و يقول أن تصرف المتعسف أو التصرف المشوب بسوء استعمال الحق هو التصرف المخالف و المناقض لروح و أهداف المجتمع.

إذ أن الحقوق أعطيت لأصحابها كي تمارس و تباشر في إطار هدف معين ألا وهو الهدف الاجتماعي ، و من يخالف هذا الهدف و يتعداه يكون قد تعسف في استعمال حقه.

و يتجلى التعدي عن الهدف الاجتماعي إذا كان استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير و يتجلى أيضا خارج هذا الإطار إذ يمكن تحميل المسؤولية بمجرد ما إذا استعمل الشخص حقه بصفة تناقض روح المجتمع و هدفه، فالحقوق في إطار المجتمع المنضم تعتبر بمثابة حقوق وظيفية يجب على صاحبها أن يستعملها لتلبية الأغراض التي من أجلها منحت له و إلا يكون قد تعسف في استعمالها (1)، فالإنسان لا يملك أن يعيش إلا في وسط اجتماعي متضامنا مع أفراد مجتمعه في قضاء متطلبات حياته التي تزداد بتقدم الحضارة و المدنية.

من هنا فالفرد حاكما أو محكوما ملزم بالإمتناع عما يخل بهذا التضامن و ملزم كذلك بأنجاز كل فعل يؤدي إلى ضيلنته و تنميته. (2)

فبالنسبة إلى جوسران لا بد أن يظفي على كل الحقوق الصبغة الاجتماعية حتى بالنسبة لتلك المتسمة بالأنانية الفرطة كحق الملكية ، و ذلك لجعل مثل هذه الحقوق في خدمة المجتمع(3)، كون أن كل الإمتيازات و كل السلطات هي في حقيقة الأمر ذات منابع إجتماعية و يجب أن تمارس ضمن هذا الطار بحيث لا يمكن تصور الحقوق خارج هذا المجال ، فالقانون مصبوغ بصبغة العدالة و هذه الأخيرة لا تعني سوى القاعدة الإجتماعية الإجبارية.

---

(1): جوسران، المرجع السابق،ص 268

(2): فتخي الذريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده،المرجع السابق

(3): جوسران، المرجع السابق،ص270،269

و عليه لا يمكن فصل التعسف في استعمال الحق عن الفكرة القائلة بالوظيفة الاجتماعية للحقوق و التي يجب أن تمارس ضمن الإطار المناط ا و إلا اعتبر مستعملها في حالة تعسف(1).
و لقد تم تبني هذه القاعدة من طرف العديد من الفقهاء كالفقيه سالي الذي قال بأن المعادلة الحقيقية للتعسف تكمل في الاستعمال الغير العادي للحقوق و الذي يتجلى في مناقضة الأهداف الاجتماعية و الاقتصادية للأمة.
و نفس الفكرة نجدها عند سيزار بري الذي يقول: إن الحقوق ليست بذا ا أهدافا و لكنها جعلت كوسائل قصد تحقيق هدف معين، و التعسف يكمل في جعل هذه الوسائل أهدافا بذا ا(2).
و إلى ذلك ذهب الأستاذ بورشورو ضمن أطروحة دكتور إذ يقول:
(On abuse de son droit, écrivait t'il, quand, restant dans ses limites, on vise un but différant de celui qu'a eu en vue le législateur) (3)

هذا و لقد تم تبني هذه القاعدة ايضا من طرف و اضعي المشروع الايطـالي الفرنـسي الخـاص بالإلتزامات أين تم تبني فكرة جوسران و تجسيدها ضمن المادة 2/74 من المشروع (4).
و رغم كل التأيد الذي حضت به نظرية جوسران إلا أ ا لم تخلو من الإنتقادات ، و علـى رأس المنتقدين نجد الفقيه ريبار و يقول بأن جوسران يجعل من الحقوق بمثابة حقوق وظيفية، إذ يـصبح صاحب الحق مجرد وكيل أو موظف يمارس سلطات محددة، أي يشغل مركزا قانونيا معينا يفرض عليه التزامات سلبية و إيجابية.

---

(1):Jurisse.classeur, édition technique, volume1, année 1990, fasc.131.1, p3, 4.
(2):نقل عن مازو، المرجع السابق
(3): نقل من روح الحقوق، لجوسران، المرجع السلبق،ص373

(4): Article 74/2: " doit également réparations celui qui a cause un dommage a autrui en exedant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été confère."

و يضيف ريبار و يقول أن معيار الهدف الاجتماعي هو معيار خطير لما يعطيه للقضاة في إمكانية التحكم فيما يخص تحديد مجال الأهداف الاجتماعية، و فتح باب الأهواء الشخصية لأن كل قاضي ينظر إلى الغاية الاجتماعية للحق بمنظاره الشخصي و بالتالي سيخرج عن نطاق القانون و يسقط في مجال السياسة ، وهنا تكمل خطورة هذا المعيار، إذ أنه باختلاف الأيديولوجيات و الفاهيم سيختلط حتما معها تحديد الهدف الذي من أجله شرع استعمال الحق(1).

كل هذه المعطيات جعلت جوسران يعمل على تطوير هذا المعيار و ذلك عن طريق الإستعانة بالباعث النفسي ليتخذ قرينة على مجافاة استعمال الحق لغايته و روحه و الغرض منه و ذلك من خلال تبني معيار آخر ألا وهو معيار انعدام الدافع المشروع.

معيار الدافع المشروع: Motif légitime

عندما تحقق جوسران من عدم فعالية معيار الهدف الاجتماعي كأساس يمكن من خلاله اعتبار المستعمل لحقه في حالة تعسف أم لا، كونه معيار مبهم و مجرد، عمد و من أجل تجنب صعوبات التطبيق إلى تبني معيار آخر أكثر عملي ألا وهو معيار الباعث المشروع.

و قال أن التصرف يكون تصرف عادي أو مشوب بالتعسف حسبما إذا كان يحمل في طياته باعث أو هدف غير مشروع ، و يضيف قائلا بأن هذا الهدف المشروع هو الذي بدوره سيشكل الحجر الأساسي لنظرية التعسف في استعمال الحق (2).

إن هذا المعيار يقترب و بشكل كبير من المعيار التقليدي و الكلاسيكي لنظرية التعسف في استعمال الحق ألا و هو معيار قصد الإضرار بالغير ، بحيث أن معيار الباعث المشروع يجر معه عملية البحث عن النوايا، و هذا ماقصده جوسران بتبنيه لهذا المعيار و جعله كأداة أو وسيلة لتطبيق معيار الهدف الاجتماعي و من خلاله قام بترتيب أبرز الأمثلة ا سدة لفكرة الدافع الغير مشروع و على رأسها يأتي التحايل على القانون، ثم التدليس وسوء النية بدرجة أقل(3).

---

(1): مازو، المرجع السابق،ص441

(2): جوسران، المرجع السابق،ص375

(3): جوسران، المرجع السابق،ص381

وأن خارج هذه الأمثلة يمكن اعتبار كل الحالات الأخرى داخلة ضمن الإطار العام للمسؤولية التقصيرية تحت لواء فكرة الخطأ، ثم أن المسألة في الأخير ستؤول إلى القضاة و ذلك من خلال عملية مراقبة احترام القواعد القانونية ما إذا لم يتم التعدي عليها و تجاهلها بمحض الإرادة أو بصفة غير عمدية بحسب الغاية التي من أجلها شرعت تلك القاعدة القانونية أو منح ذلك الحق(1)، و هذا ما يجعل مهمة القضاة مهمة صعبة.

و في نفس الوقت تعرض هذا المعيار إلى انتقادات شديدة من هذا الجانب إذ يبقى القاضي دائما منهمكا في عملية البحث عن هدف أو باعث الحقوق ومنه سيتجاوز حتما إطار مهامه القانونية(2).

و أن المعيار يحمل في أصله الكثير من التناقض بحيث أنه من جهة يركز على الأهداف أو البواعث التي من أجلها شرعت الحقوق و بالتالي استبعاد فكرة الخطأ في استعمال الحقوق، ومن جهة أخرى يردف إلى هذا التصور فكرة الدافع أو الهدف من استعمال الحق، و هذا ما يجر معه مسألة قصد الإضرار أو ما تحمله من مفاهيم و التي تقترب إلى المسؤولية التقصيرية بعناصرها و على رأسها الخطأ، و الذي انتقد بدوره على أساس أنه لا يستطيع أن يكون الأساس القانوني الوحيد لنظرية التعسف في استعمال الحق و ذلك لخروج الكثير من حالات التعسف من دائرة نية الإضرار بالغير كما هو الحال بالنسبة لمضار الجوار.

و كما قال مازو وجب رفض معيار الهدف الاجتماعي و مشتقه معيار الباعث المشروع كأساس للتعسف في استعمال الحق (3)، ويعتبر في نفس الوقت أنه من اللازم معالجة الإشكال ضمن إطاره الحقيقي ألا و هو فكرة الخطأ، متحاشيا بذلك الانتقادات الموجهة للمتمسكين بمعيار نية الإضرار كأساس للنظرية.

فهو بالإضافة لتبنيه لمعيار نية الإضرار و القول أن من استعمل حقه بقصد الإضرار يكون قد ارتكب خطأ تقصيري ، يضيف و يقول أنه إذا ما غابت هذه النية من صاحب الحق يمكن أن يشكل تصرفه هذا خطأ شبه تقصيري إذ أن تصرفات الإنسان كلها تحتمل أن تكون غير حذرة و غير محتاطة.

---

(1): جوسران، روح الحقوق، المرجع السابق،ص383

(2): مازو، المرجع السابق،ص442

(3): مازو، المرجع السابق،ص442

و أنه الآن ليس على القضاة البحث عن الهدف أو الباعث من التصرف ولكن وجب عليهم فقط مراقبة ما إذا تحلى أصحاب الحقوق باليقظة والحذر و الحيطة عند ممارستهم لحقوقهم و هذا ما يجنبهم في نظر مازو كل التدخلات السياسية.

إن طرح مازو مع ما يحمله من فوائد عملية يستأنس ا القاضي، إلا أنه لا يعطي المسألة حلا كاملا و شاملا و ذلك لرفضه وضع المسألة ضمن إطارها العام ، و هذا راجع إلى طبيعة النظرية بحد ذا ا و ما تتسم به من الصبغة الاجتماعية و الأخلاقية و التي تعمل على مراقبة مدى احترام الحدود الداخلية للحقوق(1) و هذا ما لا يجعل دائما التعسف مطابق للمسؤولية المدنية بحيث يوجد الكثير من الحالات لا يمكن دمجها ضمن المسؤولية المدنية التي قوامها الخطأ.

فالواقع المعاش أظهر لنا الكثير من حالات التعسف و التي لا يمكن من خلالها إرجاع جبر الضرر إلى قواعد المسؤولية المدنية التي قوامها الخطأ، إذ أن المتعسف هنا قد استعمل حقه بصفة شرعية مصاحب بالإحتياط و الحذر اللازم، فمن غير المكن أن نقول أنه قد ارتكب خطأ، و من غير الممكن أيضا أن نترك المضرور يتحمل لوحده الخسارة أو الأضرار التي قد تلحق به، كما هو الحال في مسالة مضار الجوار الغير مألوفة و التي تعرض لها المشرع الجزائري في نص المادة 691 من القانون المدني.

فعلى غرار التشريعات العربية الأخرى ، ذهب المشرع الجزائري إلى تحديد كيفية ممارسة الحقوق فيما بين الجيران(أي حق ملكية الشخص إذا كانت هذه الأخيرة مجاورة لمكية أخرى)

و ذلك من خلال وضع ضابط عام يحكم تصرفات أصحاب الملكيات ا اورة، إذ أنه من خلال هذه الممارسة قد يحدث و أن يصاب أحد الجيران بأضرار، و لا يستطيع هذا الأخير طلب إزالتها إلا إذا كانت غير مألوفة.

---

(1):juriss.classeur.op.cit, fasc., 131,1p5

و المسألة سترجع إلى القاضي الذي سيحدد ما إذا كانت هذه الأضرار قد تجاوزت الحد المألوف بين الجيران أم لا، مراعيا في ذلك العرف و ما إلى ذلك من المعايير كما جاء النص عليه ضمن المادة 691 من القانون المدني الجزائري

" يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المأوف و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف، و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين و الغرض الذي خصصت له."

فنص هذه المادة يبين الحالة التي يعتبر فيها الشخص المالك متعسفا في استعمال حقه ـ مع أنه لم يقصد الإضرار بغيره و أنه قد أخذ بكافة الإحتياطات عند ممارسته لحقه و قد التزم بالحيطة و الحذر اللازمين و المعهودين عند ممارسة الشخص العادي لحقه ـ و كل هذا راجع إلى كونه قد أضر بجاره بتجاوز هذه الأضرار للحد المألوف ، فهو إذن لم يرتكب لا الخطأ التقصيري و لا الشبه التقصيري، و مع كل هذا يعتبر المالك قد تعسف في استعمال حقه.

فالمسألة إذن في الأخير ستؤول إلى القاضي الذي و بالتأكيد سيحكم على الجار المالك للعقار بأنه تعسف في استعمال حقه بحيث أنه تجاوز مضار الجوار المألوفة، و عليه سيحكم بإزالة هذه المضارهذا من جهة، و من جهة أخرى يبقى الإشكال وارد فيما يخص مسألة التكييف القانوني لهذه الحالة من حالات التعسف.

فإن كان من الممكن ربط حالات التعسف الواردة ضمن نص المادة41ق.م مع النص العام للمسؤولية أي نص المادة 124ق.م و ذلك من خلال اعتبار الحالة الأولى كصورة من صور الخطأ التقصيري و الحالتين الباقيتين كتطبيق للخطأ الشبه التقصيري، فالأمر مغاير بالنسبة لحالة التعسف الواردة ضمن نص المادة 691من القانون المدني، لأنه و كما أسلفنا الذكر أن المتعسف لم يرتكب لا الخطأ التقصيري و لا الشبه التقصيري، و لذلك وجب البحث على أساس قانوني أخر من خلاله سيكيف القاضي حكمه على مالك العقار الذي و باستعماله لحقه ألحق بجاره أضرارا غير مألوفة؟

و لا يتأتى هذا إلا بتحليل مسألة تعسف أصحاب الملكيات المتجاورة و التي من خلالها سيتضح التكييف القانوني لها.

لقد أعطى الرومان لحق الملكية كل معاني المذهب الفردي، أي اعتبار هذا الحق مطلق و غير مقيد بعيد عن كل التأثيرات الاجتماعية، و على غراره أقر المشرع الفرنسي مبدأ إطلاقية حق الملكية ضمن القانون المدني الفرنسي 1804.

و لكن و من جهة أخرى و مع التطور السياسي و الاقتصادي للمجتمع بدأت تضهر مشاكل عديدة بين أصحاب الملكيات المتجاورة مما استدعى الأمر إلى وضع قواعد جديدية لحل مثل هذه المشاكل.

ففي بداية الأمر أدرجت هذه الحالة ضمن قواعد المسؤولية التقصيرية التي مبناها الخطأ، بحيث اعتبر أن المساس بملكية الغير بصفة أو بأخرى يعتبر عمل غير مشروع يستجوب التعويض عليه بتوفر شرطين:

1- أن يوجد ضرر لصاحب الملكية ا اورة و يتمثل في الانتقاص من المنفعة الاقتصادية لملكيته.

2- أن يكوم سبب هذا الضرر خطأ من جانب صاحبه سواء تمثل في خرق قاعدة قانونية أو عن كريق عدم احتراز أو تبصر من جانب الجار، أو عن طريق التعدي المباشر دون أي فائدة تعود على صاحبه.

و خارج هذه المعايير يعتبر صاحب الملكية غير مسؤول عما قد يصيب الجار من أضرار، مما قد يضفي على المسؤولية فيما بين الجيران نظرة ضيقة لا تتلائم و العدلة الاجتماعية(1).

فإنه و إن كان حق الملكية حقا ذاتيا كما هو الشأن في كل الحقوق، و يحميه القانون من اعتداء الغير عليه، إلا أن له وظيفة اجتماعية(2).

---

(1): Revue trimestrielle de droit civil, 1902, Risque et responsabilité : A Propos de deux thèses récentes de: M. Teissier: Essai d'un théorie générale sur le fondement de la responsabilité, et de M George Ripert: de l'exercice du droit de propriété dans ces rapport avec les propriétés voisines, P831.

(2): و هذا ما ثمنته المادة 677من الق. م " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال و الـ ـضروف المنصوص عليها في القانون" فهي تنص عللى المبدأ العام و المتمثل في احترام الملكية الخاصة و تجعل مـ ـن حـ ـق الملكية حقا ذاتيا، و في نفس الوقت أشارت إلى الوظيفة الاجتماعية و التي تجعل من حق الملكية حقا نسبيا غير مطلق، و انظر في ذلك أيضا حسين عامر، المرجع السابق،ص266

فلقد استقرت أغلب الأحكام، كما أجمع الشراح على أن ثمت التزامات للجوار Obligation de voisinage ، يلتزم المالك بموجبها بأن لا يستعمل ما يملكه إلى حد الإضرار بجـاره و في حالـة العكس يلزم بالتعويض.

فمسألة تعويض المصابين بأضرار جراء الحوادث الجوارية لم تعد أمر يثير الإشكال حتى بالنـسبة للنظم القانونية المصبوغة بصبغة المذهب الفردي.

و لكن الأمر المهم الآن و الذي جعل الكثير من الفقهاء و التشريعات يقعون ضـمن تناقـضات عديدة في الواقع العملي أن هناك من يرجع المسؤولية في مضار الجوار الغير المألوفة إلى نظرية الخطر المستحدث كما ذهب على ذلك جوسران إذ يعتبر القيود التي يقررها القضاء فيما يسميه التزامات الجوار كتجاوز في استعمال الحق، إذ ينشأ هذا التجاوز عن نشاط المالك في استعمال حقه بـدون أن يقترف أي انحرافا فيه و لا إساءة لما قصد منه(1).

و إلى هذا أيضا ذهب Ripert بصياغة قاعدة ترتب من خلالها المسؤولية في هذه الحالة بقوله:

(Quiconque n'use pas de sa propriété dans les conditions normales de son époque et de la situation de son immeuble doit réparer le dommage qu'il cause ou n'a droit a aucune indemnité pour celui qu'il subit)(2).

و إلى ذلك أيضا يذهب E.Levy و يقول:

(De reconnaître à la base de toute responsabilité une obligation générale de ne pas tromper la confiance nécessaire a l'entretien des relations sociales)(3).

و منه فإن ليفي يعتمد على المعيار الموضوعي و المتمثل في تحديد ما إذا كان استعمال الحق طبيعي أو غير طبيعي طبعا وفق الدائرة الاجتماعية التي يتصرف في داخلها صاحب الحق و منـه تحديـد المسؤولية المدنية.

---

(1): جوسران، المرجع السابق

(2):R.T.D.C, 1902, Risque et responsabilité, op.cité, P835.

(3): Risque et responsabilité, ebide, p841.

و دائما في مجال المعيار المادي للنظرية نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أدرجوا الأضرار الفاحشة و هي المضار الغير مألوفة ضمن المعايير المستقلة لنظرية التعسف في استعمال الحق و من خلاله ترتيب المسؤولية على المتسبب في هذه المضار و إرغامه على جبر الضرر على أساس آخر غير الذي اعتمده أغلب الفقهاء و المحاكم.

فالكثير من المحاكم تعتبر أن أساس المسؤولية في حالات مضار الجوار الغير المألوفة ما هو إلا تطبيق للنص العام للمسؤولية المدنية، و المتمثل في الخطأ كأساس قانوني لهذه الحالات(1).

و يذهب رأي إلى أن المسؤولية تقوم طبقا لنظرية تحمل التبعة، إذ الأولى أن يتحمل المستفيد تبعة عمله و ما نشأ عليه من أضرار من دون الغير الذي لم ينتفع بهذا العمل في شيئ.

و ثمت رأي، بأن المسؤولية تكون طبقا لما قال به الفقهاء من شبه عقد الجوار quasi contrat de voisinage و فحواها ما يقول به Pothier من أن الجوار من شأنه أن يلزم الجيران بأن يستعمل كل منهم ملكه بطريقة لا تضر بجاره، ما يفترض أنه أبرم شبه عقد ما بين الجماعة التزم فيه كل فرد بأن لا يستعمل حقه بكيفية تعوق غيره في استعمال ماله من حق و أن من يخل بهذا الالتزام فإنه يلتزم بالتويض عما أحدثه من أضرار.و يرى البعض أن المسؤولية تبنى على ما ما يكون من تعارض استعمال الحق مع مقتضيات المصلحة الاجتماعية(2).

غير أن الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري يعتبر مضار الجوار الغير مألوفة خارجة عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، إذ يقول: " و يلاحظ أن المادة 807من القانون المدني المصري - و المقابلة لنص المادة 691 من الق.م.ج - رسمت حد لحق الملكية، فقضت ألا يتعسف المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، و أن للجار أن يطلب إزالتها إذا تجاوزت الحد المألوف، فالخروج عن هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية يعتبر خروجا عن حدود الحق لا تعسفا في استعماله(3).

---

(1): Jean Carbonnier, Les bien et les obligation, droit civil, T2, presse universitaire de France, 5eme édition ,1967.p190.

(2): حسين عامر، المرجع السابق،ص 271.

(3): عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش رقم4، ص 833.

و هذا ما ذهب إليه أيضا الكثير من الفقهاء الغربيين، إذ يفصلون مضار الجوار الغير مألوفة عـن نظرية التعسف في استعمال الحق(1)، و يعتبرو ا من الحالات التي تقترب إلى نظرية التعـسف في استعمال الحق و لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تدمج ضمن هـذه النظريـة، باعتبـار أن التعسف في استعمال الحق ألحق بالمسؤولية المدنية التقصيرية و التي قوامها الخطأ كما جاء ذلك من خلال تكييفهم لحالات التعسف المعروفة.

بينما مضار الجوار الغير مألوفة لا يمكن إلحاقها بالمسؤولية التقصيرية لانعدام عنصر الخطأ فيهـا و أن مسؤولية المتسبب هنا تقوم فقط بالنظر إلى حجم الضررالاحق بالمضرور(2).

فكل هذه التحاليل راجعة للمفهوم الضيق الذي أعطي لنظرية التعسف في استعمال الحق من طرف الفقهاء الغربيون و من حذى خذوهم، إذ جعلوا التعسف يتجسد فقط من خلال ما يعرف بنيـة الإضرار المطابقة لفكرة الخطأ، أو عن طريق افتراض هذه النية ومطابقتها مع فكرة شـبه الخطـأ التقصيري، و عدى هذه الحالات تعتبر كل الحالات الأخرى بمثابة التعدي و مجاوزة لحدود الحق.

و يظهر جليا أن أصحاب هذه التحاليل و الأراء يتفادون ذا التكييف المعطى للمسألة الخوض في مسألة أكبر و أعمق و المتمثلة في معرفة الغاية التي شرعت من أجلها الحقوق.

إذ أن الخوض في هذه المسألة سيجر معه الحديث عن الكثير من القيم و المبادئ الأخلاقية و حـتى المبادئ الاجتماعية ، و طبعا مثل هذه المبادئ تختلف باختلاف الإيديولوجيات و المذاهب القانونية المتبعة ، الأمر الذي سيجر عنه تناقضات عديدة سواءا في ا ال الفقهي أو التشريعي ممـا جعـل المسالة تتسم بالتعقيد كما جاء ذلك على لسان مازو زو تانك:

(Cantonner le débat sur le terrain de la faute c'est éviter que le débat ne devise du terrain juridique sur le terrain politique)(3).

---

(1): Juriss.classeur. 11, 1984, Fasc.131-1p12.
(2): Juriss.classeur, op.cit, p12.
(3): Juriss, classeur, op.cit, p6.

و لكن و من جهة أخرى فالتضييق في المسألة يؤدي إلى الفوضى و إلى هضم العديد من الحقوق، فالمبالغة في الشيئ حتى و لو كانت في إطار القانون ستؤدي إلى الفوضى و إلى مخالفة القانون لـذا يجب تقييدها(1)، فالفقه الفرنسي نفسه انتهى إلى أن التعسف في استعمال الحق في حالة مـضار الجوار يؤدي إلى مساءلة المتسبب حتى و إن لم يكن مخطئ (2) و بالتالي الإبتعاد عن الإطار الضيق الذي و ضعت فيه نظرية التعسف في استعمال الحق.

نفس الشيئ بالنسبة للتشريع المتبع في البلاد العربية و منه في القانون المدني الجزائري أين جاء النص صراحة على اعتبار مسألة مضار الجوار الغير مألوفة من بين حالات التعسف في اسـتعمال الحـق مبتعدا في ذلك عن فكرة الخطأ كأساس لهذه الحالة و مدعما القاضي بأدوات تـساعده للتعـرف على هذه الحالة من ذلك العرف و طبيعة العقارت..إلخ، إذ أن مضار الجوار أو الضرر الفـاحش كما هو معروف في الفقه الإسلامي هو في حقيقته ثمرة أو نتيجة لفعل مشروع في الأصل المتمثـل في التصرف الفعلي في حق الملكية، و سلطة التصرف ثابتة للمالك بمقتضى هـذا الحـق ، فهـي مشروعة لذا ا و لكنها تصبح غير مشروعة بالنظر إلى نتيجتها الغير المألوفة، و ذلك بالنظر طبعـا إلى الظروف و الملابسات التي حضت ا.

فالتصرف في هذه الحالة مشروع في ذاته لكنه معيب في نتيجته، بحيث إذا ما أصبحت نتيحة هذا التصرف أقل جسامة مما يحددها هذا المعيار عاد إلى الفعل مشروعيته.

و هذا هو الفارق الجوهري بين التعسف في هذه الحالة و ا اوزة أو التعدي إذ أن هذا الأخير يعتبر من قبيل الخطأ في جميع الظروف و الأحوال، فهو فعل غير مشروع في ذاته بقطع النظر عن نتيجته، بل حتى و لو كانت هذه النتيجة خيرا و نفعا بالنسبة للمعتدي على حقه، فواظح أن التعـسف لا يتعلق بمضمون الحق أو ما يخوله من سلطات بل يتعلق بثمرة الفعل و نتيجته أو الباعث عليه (3).

---

(1): زواوي فريدة، المرجع السابق، ص156.

(2): زواوي

(3): فتحي الذريني، نظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع السابق،ص337.

و الذي يجر معه معرفة الغاية التي من أجلها شرع الحق و التي جعلت الكثير من الفقهاء و خاصـة منهم فقهاء المذهب الفردي يحيدون عن الخوض فيها خوفا من الوقوع في تناقض مع المبادئ الـتي يعتنقو ا(1)، و فضلوا بذلك اعتبار مضار الجوار صورة من صور مجاوزة حدود الحـق و جعـل المسؤواية التقصيرية التي قوامها الخطأ الأساس القانوني الذي يعتمد عليه لجبر الضرر، متجـاغلين بذلك المبادئ القانونية المتعارف عليها خاصة المتعلقة بالمفهوم القانوني للخطأ المتمثل في الانحـراف في السلوك المألوف للشخص العادي، و الذي يتناقض و طبيعة الضرر الغير مألوف أو الفاحش إذ أنه قد ينشأ نتيجة الاستعمال العادي لحق الملكية و بباعث مشروع و في حدود الاحتياطات الازمة للحيلولة دون وقوع الضرر، و هذه الصفة تبعد كل البعد عن مفهوم الخطأ.

أضف إلى ذلك أن المسؤولية التقصيرية توجب التعويض أين كان مقداره بينما الأمـر يختلـف في مضار الجوار إذ يشترط فيها أن يبلغ الضرر درجة معينة من الجسامة المعبر عنها من خلال المـادة 691م " ...تجاوزت الحد المألوف..." .

من كل هذا يصح التساءل و القول: لماذا أخرج المشرع المصري و تبعه في ذلك نظيره الجزائـري حالة الضرر الفاحش أو مضار الجوار المألوفة من نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في المادة 41م.ج، علما أن المعين الأول لهذه النظرية هو الفقه الإسلامي، وهذا الأخير يـرى في هذه الحالة أ ا تطبيقا لفكرة التعسف في استعمال الحق من خلال المعيار المسمى" التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف "(2).

---

(1): M.Pirovano affirme que la notion de l'abus de droit débouche inévitablement sur une question politique, comme étant un mécanisme de socialisation du droit positif, et avec une bonne dose d'exagération M.G Ripert pense que l'abus est l'amorce du bolchévisme.voir J.C,fasc131-1,op.cit,p6.

(2): و جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للق.م.المصري ما يأتي:... المعيـار في هـذه الحالـة مادي،و إذا كان الفقه الغربي لا يؤكد استقلال هذا المعيار، و يجعله صورة اوزة حدود الحق يطلق عليها اسم الإفراط،إلى أن الفقه الاسلامي يخصه بكيان مستقل.

فكان أولى و أحرى إدماج هذه الحالة ضمن النص العام للتعسف كما جاء ذلك من خلال المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ، إذ اعتبرت حالة التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف من بين الحالات الأخرى للتعسف(1).

و لكن و من جهة أخرى ربما جاء إغفال هذه الحالة قصد عدم الاسترسال في ذكر تطبيقات النظرية و الاكتفاء بالمبدأ العام الوارد في المادة4م.مصري و الذي لا نص عليه في القانون المدني الجزائري.

وواضح من كل ماقدمناه من معطيات و تحاليل، مدى مجافاة تبرير مسؤولية المالك عن الضرر الفاحش على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية التي مبناها الخطأ، في حين و كما تبين لنا أنه لا علاقة لمضار الجوار المألوفة مع المسؤولية التقصيرية، و لذا وجب إعطاؤها تكييفا آخر يتناسب معها.

و نرى أن التكييف الأنسب لهذه الحالة هو التكييف المعطى من خلال الفقه الإسلامي و المتمثل في " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل" إذ أن مصدر الحق في الفقه الاسلامي هو الشريعة و هو مقيد بها، و الحقوق في الشريعة هي وسائل شرعت لتحقيق المقاصد الضرورية للخلق، فكل استعمال يناقض هذه المقاصد بصفة مقصودة - كاستعمال الحق بمجرد قصد الإضرار أو تحقيق مصلحة مشروعة - أو بصفة غير مقصودة - و هي تشمل الافعال التي تناقض قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح - يعتبر باطلا لأنه يخالف مقصد الشرع من منح الحقوق(2).

---

(1): كانت صياغة المادة 6 من المشروع التمهيدي للقانون الم.المصري تنص بالإضافة إلى المعايير الثلاثة للتعسف على" ... حالة استعمال الحق إذا كان من شأنه أن يعطل استعمال جقوق تتعارض معه، تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف"

(2): فتحي الذريني، المرجع السابق، من ص80إلى90 ، و يقول الإمام الشاطبي: كل من ابتغى من تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، و كل من ناقضها فعمله باطل، الوافقات ـج2 ـص333.

و بعبارة القانون الوضعي فإن التعسف في هذه الحالة يكون أساسه مرتبط بالغاية التي من أجلها شرع استعمال الحق، فمن حاد عن هذه الغاية أعتبر متعسفا و بالتالي مسؤولا و لو لم يرتكب خطأ.

فللقاضي أن يقرر التعسف إذا ما تبين له أن التصرف خارج عن المألوف و غير عادي لأنه حاد عن الغاية الاجتماعية التي من أجلها شرع الحق ، و يوجب على إثره من المتسبب تحمل تبعة أعماله و تصرفاته و بالتالي توقيع المسؤولية عليه(1).

فالغرم بالغنم كما يقول فقهاء الشريعة الاسلامية أو تحمل التبعة كما هو معروف في الفقه الوضعي، هو الأساس الأنسب الذي يمكن أن يعطى للمسؤولية في حالة مضار الجوار الغير مألوفة. فالمسؤولية إذن موضوعية و ليست شخصية، لا اعتبار للخطأ فيها لأ ا تتحقق بمجرد وقوع الضرر للجار ، متى كان هذا الضرر غير مألوف ، فلا يقع على عاتق المضرور اثبات أية شروط أخرى تتعلق ذه المسؤولية، و هي نتيجة بلا شك تحقق مصلحة الجار المضرور، و ليس في ذلك افتئات على مصلحة محدث الضرر و الذي لن يسأل إلا عن الضرر الغير مألوف.

و ذا يتحقق نوع من التضامن الاجتماعي لأن الجوار ما هو إلا نتيجة حتمية للتجمع الانساني و الذي يفرض على الملاك المتجاورين احترام بعضهم البعض وعليه وجب على الجار و في حالة حدوث أضرار خارجة عن المعقول وغير مألوفة أن يتحمل مسؤوليته(2). 130ـ150

إن تبني نظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤولية عن المضار الجوارية سيعفي القاضي من عملية البحث عن الخطأ، فيحكم على المتعسف بالتعويض، لا لأنه انحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد بل يحكم عليه نتيجة الضرر المحدث بفعله و بالتالي وجب عليه تحمل تبعة أفعاله.

---

(1): Risque et responsabilité, Op., cit. p837.

(2): الدكتور أبو زيد عبد الباقي، تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة مجلة الحقوق ـالكويت ـ السنة السابعة ـ العدد الثاني ـ 2 يونيو 1983، من ص 130 إلى150 .

الخاتمة:

إن أية دراسة تتعرض لفكرة الحق سواءا بتحديد مفهومه أو طرق استعماله أو فيما يتعلق بـالقيود الواردة على استعماله هي و لا شك من الدراسات النظرية الصعبة ، إذ بطريقة أو بأخرى ستؤثر على الواقع سلبا أو إيجابا و ذلك من خلال تأثرها هي نفسها بالأفكار و المـذاهب و العقائـد و الإيديولوجيات المختلفة المعروفة في واقع ا تمعات.

ففكرة الحق كما رأينا تختلف بنسب مختلفة من مجتمع لآخر و من مذهب قانوني لآخر، فأصحاب المذهب الفردي يركزون على ضرورة إطلاق العنان لصاحب الحق بأن يتصرف في حقه كيفمـا شاء وبأية طريقة يراها مناسبة لهو التي تحقق له أكبر قدر من النفع، متجـاهلا بـذلك الآخـرين مصداقا للمبدأ الروماني القائل " ما أخطأ من استعمل حقه " Nemineme loedit qui suo jure utiture.

بيد أن تطور الحياة في شتى مجالا ا اظهر جليا عيوب المذهب الفردي ، إذ أصبح الاستغلال عنوانا لمختلف التعاملات و المعاملات، فأصبح من غير الممكن التفرقة بين هذه المعاملات و قانون الغاب فالقوي يأكل الضعيف، فصاحب المال بشتى أنواعه يسيطر على الفقير بل حتى أصحاب الملكيات أنفسهم يتناوشون فيما بينهم من خلال ممارستهم لحقوقهم المتجاورة و هذا ما أدى بظهور فوضى عارمة داخل ا تمع الواحد مما استوجب الأمر إلى ظرورة العدول على فكرة الحق المطلق و العمل على تخفيف منها عن طريق وضع ظوابط و حدود يمارس من خلالها الحق.

و لقد تبنى هذا الاتجاه العديد من المذاهب الجماعية كالتضامن الاجتماعي و المذاهب الاشتراكية، و كذلك ما هو مستقر في الفقه الإسلامي، إذ بعدما كانت المصلحة الفردية هي الغاية من وجود الحق، أصبح الآن اتجاه يقول بأن مصلحة الجماعة هي غاية الحق إلى درجة أن العديد من الفقهـاء بزعامة جوسران اعتبروه كوظيفة إجتماعية(1).

---

(1): فحق الملكية مثلا ليس إلا وظيفة اجتماعية fonction social ذلك لأن الفردلم يمـنح الـسلطات الـتي يباشرها ذا الحق، إلا ليتخذها وسيلة لتأمين بناء المحتمع و راحته كما يقول جوسران، راجـع فقـرة le But social ، ص51من هذا البحث.

فأصبح استعمال الحق محدودا بالغرض الاجتماعي المرجو من وراء تقريره أي محـدودا بمـصلحة الجماعة ، و من استعمل حقه بصفة تنافي هذا الغرض اعتبر متعسفا في استعمال حقه وهـذا مـا يدفعنا للقول أن نظرية التعسف في استعمال الحق ملاتبطة أساسا بغاية الحق(1).

فالحق لم يشرع ليكون وسيلة جور و طغيان بيد صاحبه يعمل من خلاله على الهيمنة على الآخرين و الاعتداء عليهم بحجة أنه يستعمل حقه، بل الحق شرع و منح لصاحبه للتمتع به دون الاخـلال بواجبه اتجاه أفراد ا تمع، فتظهر بذلك القيمة الاجتماعية للمصلحة التي يرمي الحق إلى إدراكها، إذ يجب أن تكون علاقة الأفراد فيما بينهم و داخل ا تمع الواحد علاقة تعاون لا علاقة مجا ة.

و لقد لاحظنا من خلال بحثنا هذا أن التشريع الإسلامي كان سباقا و رائدا في إقرار مثـل هـذه المبادئو بصفة مطلقة إذ أن الفرد في نظر الشريعة الإسلامية هو كائن حر مستقل و مسؤول و لكن خذا الاستقلال ليسا تاما، بل خو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون على البر و الصالح العام مـصداقا **لقوله تعالى < و تعاونوا على البر و التقوى و لا تعاونوا على الإثم و العدوان >المائدة الآية6**.

و بذلك يكون ملزما إيجابا بالتعاون على الخير المشترك، و ملزما سلبا بتجنب الإثم و الفـساد و الإضرار.

هذا ما جعل جل التشريعات العربية تتوسع شيئا ما في مسألة التعسف في استعمال حق و ذلـك نظرا لتأثرها الواضح بما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية، إلى درجة أن المشرع المصري و مـن خلال المشروع التمهيدي للقانون المدني كان قد تبنى المبدأ بصفة مطابقة لما جاء به الفقه الإسلامي إلا أنه عدل بعد ذلك عن ما جاءت به الشريعة و اقتصر على بعض المعايير فقط ضمن نص المادة 5 من القانون المدني بعدما نص على المبدأ العام بالمادة 4 من نفس القانون.

---

(1): و في هذا عرض الدكتور عبد الباقي رأي حسن كيرة الذي يقول يأن التعسف يقـع كلمـا انحـرف صاحب الحق في استعماله عن غايته،مجلة الحقوق،الكويت،المرجع السابق،ص127 ـ و في نفس الإتجاه محمد حسنين،المرجع السابق،ص306 .

و يا ليت المشرع الجزائري حذا حذو المشرع المصري في هذا ا ال، إذ أنه أورد النص المتـضمن لفكرة التعسف ضمن المادة41 من القانون المدني الجزائري من الفصل الأول مـن البـاب الثـاني للقانون و المتعلق بالأشخاص الطبيعية ، متجاهلا بذلك خاصية النظرية من كو ا مبدأ من المبادئ القانونية و التي يجب أن تدرج ضمن الباب التمهيدي للقانون(1).

و بالإضافة إلى هذا فإن المشرع الجزائري لم يتبع المشرع المصري بالنص على أصل المبدأ و هو أن استعمال الحق استعمالا مشروعا لاتعسف فيه و لا يرتب المسؤولية إذا أحدث ضررا للغير.

فواظح أن تجنب المشرع الجزائري من وظع أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن البـاب التمهيدي للقانون راجع للنقاش الفقهي الحاد الذي دار حول مسألة الأساس القانوني لهذه النظرية و هذا ما جعله يقع في خطأ أكبر و المتمثل في وظع هذه الأحكام ضمن الباب المتعلق بالأشخاص الطبيعية و التي لا علاقة لها بالتعسف في استعمال الحق.

و من هنا يتجلى لنا بأن المكان الذي يمكن أن توضع فيه أحكام هذه النظرية يرتبط أساسا بتحديد التكييف القانوني لها أو الأساس القانوني الذي يمكن الإعتماد عليه للمطالبة بالتعويض عند تـوافر معايير التعسف المحددة بنص القانون.

---

(1):" فالمشرع المصري أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحى القانون دون أن تكـون مجـرد تطبيق لفكرة العمل الغير مشروع ... فالنظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية، و أ ا تسري في شأن الحقوق العينية سريا ا في شأن الحقوق الشخصية، و أ ا لا تقف عنـد حـدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام، و قد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الـشريعة الإسـلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامـة" المـذكرة الإيـضاحية للمـشروع التمهيـدي ـ ص31وص32.أنظر في ذلك هامش نظرية الالتزام ـ السنهوري ـ ص840.

و لقد رأينا من خلال هذه الدراسة التضارب الفقهي الكبير حول مسألة الأساس القانوني الـذي يمكن الإعتماد عليه لجبر الأضرار التي سببها المتعسف، فمنهم من يعتمد على المسؤولية الشخصية و التي تقوم على فكرة الخطأ و منهم من يرجع إلى المسؤولية الموضوعية و هي مسؤولية بدون خطأ و التي تركز على الضرر وحده للقول بالمسؤولية أو ما يعرف قانونا بنظرية تحمل التبعـة أو الغـرم بالغنم كما هو معروف في الفقه الإسلامي.

فإذا كان من الممكن إقامة الصورة الأولى أو المعيار الأول الوارد ضمن نص المادة 41 من القـانون المدني الجزائري على أساس الخطأ ، فإن الصورتين الثانية و الثالثة الواردتين في نفس المادة لا اعتبار للخطأ فيهما إلا إذا حاولنا افتراضه، بينما يمكن إقامة المسؤولية فيهما على أساس موضوعي(1).

كذلك الأمر فيما يخص مسألة مضار الجوار الغير مألوفة و التي وكما سبق تبيانه من كو ا مسألة وردت بصفة مفصلة في الفقه الإسلامي و هذ ا الأخير لا يقيم بتاتا المسؤولية في هذه الحالة علـى أساس الخطأ بل ينيطها بفكرة الخروج عن الغاية التي من أجلها شرع استعمال الحق و منه تحميـل المتسبب في الضرر في هذه الحالة تبعة أعماله.

و لعلى مسألة مضار الجوار الغير مألوفة هي الفاصل الجوهري في الموضوع، و التي من خلالها تبين عجز المسؤولية المدنية التقصيرية التي قوامها الخطأ لأن تكون الأساس القانوني الوحيـد لنظريـة التعسف في استعمال الحق ، إذ أن عدم وضع النص الخاص بمضار الجوار ضمن النص العام الـذي يضم معايير النظرية راجع إلى الخلط الذي يمكن أن يحصل لدى من ادعى وجوب قيام النظرية على أساس المسؤولية المدنية الشخصية فقط، في حين أنه ثبت لدى الجميع عدم إمكانية إلحـاق هـذه الحالة بالمسؤولية المدنية التي قوامها الخطأ و هذا ما تبين من سياق نص المادة 691 مـن القـانون المدني الجزائري و المادة 807من الق.م.المصري.

---

(1): فالصورتين تعبران عن المعيار الموضوعي للتعسف، إذ من خلالهما يتم فحص الفعـل أو التـصرف دون البخث عن نوايا الأشخاص و ذلك من خلال الموازنة بين ما سيجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه وبـين الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء هذا التصرف - وفي نفس الإتجاه راجـع محمـدي فريـدة ،المرجـع السابق،ص 156.

فالمشرع الجزائري فصل في مسألة هل مضار الجوار الغير مألوفة من معايير التعسف أو لا، و ذلك بصريح العبارة بنص المادة 691 بقوله < يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقـه..> و بالتالي فمضار الجوار الغير مألوفة أو الضرر الفاحش تعد معيارا أو حالة من حالات التعـسف في استعمال الحق في القانون الجزائري(1).

و نعتقد كما يعتقد الأستاذ أنور سلطان(2) أن إخراج هذه الحالة أو هذا المعيار من نطاق الـنص المنضم لنظرية التعسف في استعمال الحق راجع إلى الاكتفاء بالمبدأ العام الذي لم ينص عليه المشرع الجزائري و الذي نص عليه المشرع المصري بنص المادة 4 من القانون. م. م القاضية بوجوب استعمال الحق استعمالا جائزا ، و طبيعي أنه لا يمكن اعتبار أن الحق استعمل استعمالا جـائزا إذا كـان سيترتب عنه ضررا فاحشا بالجار.

فباعتبار أن مضار الجوار الغير مألوفة من معايير التعسف في استعمال الحق، و أن هذا المعيـار لا يمكن بأي حال من الأحوال أن ندرجه تحت المسؤولية المدنية التي قوامها الخطأ كتكييف قانوني له كما سبق و أن بيناه.

فمن هذا و ذاك لا يمكن أن نعتبر بأن مبادئ المسؤولية المدنية التي قوامها الخطأ تكفي لأن تكـون الأساس القانوني الوحيد لنظرية التعسف في استعمال الحق، لأنه و كما رأينا لو وقفنا على هـذا الاعتبار لكان تأصيلنا للنظرية غير واف ، لأنه ثبت أن هناك جانب من معاييرها لا يندرج تحـت الخطأ التقصيري و إنما يميل أكثر فأكثر إلى ما يعرف بنظرية تحمل التبعة أو المخاطر.

- -

(1): بينما استعمل المشرع المصري في المادة المتعلقة بمضار الجوار كلمة " الغلو" متحاشيا بذلك التناقضات التي يمكن أن تحدث لو استعمل كلمة تعسف ـ ـ و قرر الأستاذ السنهوري بأن الضرر الفاحش فيما بين الجـيران ليس تعسفا في استعمال الحق، بل هو خروج عن حدود الحق، السنهوري،المرجع السابق،ص849.

(2): أنور سلطان، محلة القانون و الاقتصاد، المرجع السابق،ص 93و94.

فنظرية الخطأ لا تستطيع تفسير كل شيئ رغم ما لها من عراقة لا ينكرها أحد، إلا أ ا باتت تعجز عن تأصيل كثير من الحلول القانونية ، و لا نستطيع أن نقنع أنفسنا بجدوى التمسك ا في تلـك الحالات حتى و لو تحايلنا على الواقع(بتبني فكرة الخطأ المفترض).

هذا و إن إرجاع الأمر إلى مفاهيم عامة غير محددة المعالم لا يعطي للمسألة حلا،ففكرة التـضامن الاجتماعي مثلا و مع ما تتصف به من معان لا تستطيع أن تكون أساسا للمسؤولية لما قد تجره من مفاهيم أخلاقية يخشى الكثير من الفقهاء تدخلها في ا ال القانون، هذا ما جعل المشرع الفرنسي لا يقبل اقتراح الفقيه سالي المتمثل في ادراج نص عام يخص التعسف في استعمال الحق

(Et si la commission a refusé d'adopter ce principe, c'est qu'elle a été effrayée de cette intrusion des idées morales dans le monde juridique.)(1).

لكن ومن جهة أخرى لا يمكن أن ننكر أن الكثير من القواعد القانونية هي ذات صبغة أخلاقية و لا نجد لها أساسا إلا ضمن القانون الطبيعي و قواعد العدالة و ما يميزها عن المبـادئ الاخلاقيـة الأخرى هو أ ا حضيت باعتناء المشرع و ذلك بادراجها ضمن مختلف النصوص القانونية(2) إذن فالكثير من هذه النصوص القانونية ما هي إلا حوصلة موع القواعد الأخلاقيـة المقتبـسة مـن التعاليم الدينية لمختلف الشعوب.

فمما سبق تبين لنا تفريط من جعل من نظرية التعسف مجرد تطبيق لفكرة الخطأ لعجزهـا عـن استيعاب جميع حالات التعسف هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن ادراجها تحت قواعد القانون الطبيعي و العدالة قد يعرضها إلى انتقادت شديدة و رأسها فكرة تـدخل الأخـلاق في ا ـال القانوني، فلكي نتجنب كل الإنتقادات لابد أن نضع المسألة في إطار قانوني و منطقي.

---

(1): George Ripert:La règle morale dans les obligation civile, op.cit, p 169.

(2): ومنها الأحكام المتعلقة بالإثراء بلا سبب و كذلك بالتزام الواعد في الوعد بالبيع باتمام البيع و منح المدين المعسر أجلا للتسديد ...، فهذه الأحكام ما هي إلا تطبيق للأفكار الأخلاقية في قالب قانوني.

إذ من غير المنطقي أن نخضع مسألة حساسة مثل التعسف في استعمال الحق إلى أساس قانوني واحد يضيق من نطاقها و يؤدي إلى إهضار الكثير من الحقوق، و في نفس الوقت لا يوجد أي مانع من أن نستند على أساس آخر يسد النقص الموجود في تأصيل المسالة(1).

و هذا ما تبين لنا من خلال هذا البحث، فأساس نظرية التعسف في استعمال الحـق ينقـسم إلى شقين:

فأما الأول فيقع في مجال المسؤولية المدنية الشخصية المبنية على فكرة الخطأ التقـصيري أو الـشبه التقصيري، بحيث إذا ما استعمل الشخص حقا معينا و ثبت أن هناك نية الإضرار بالغير فيكون قد تعسف في استعمال حقه و انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي أي أنه ارتكـب خطـأ عمدي و هذا الوصف ينطبق على الحالة الأولى من حالات التعسف المنصوص عليها في المادة 41 من الق. م.ج ،و أما إذا غابت هذه النية عن صاحب الحق ووقع ضررا للغير فتصرفه في هذه الحالة يمثل الخطأ الشبه التقصيري أو ما يعرف بالخطأ بإهمال و هذا الوصف ينطبق على الحالتين الثالثة و الرابعة من المادة 41السالفة الذكر، و في كلتا الحالتين يمكن الإستناد على الـنص العـام المنـضم لقواعد المسؤولية المدنية(المادة 124 من الق.م.ج) لجبر الضرر.

و أما الشق الثاني فيقع في مجال المسؤولية الموضوعية أو ما يعرف بالمسؤولية بدون خطـأ و الـتي ترتكز على الضرر وحده، فالشخص الذي لم يخرق في استعماله لحقه أي قاعدة قانونية و أنـه لم يرتكب أي خطأ و لا عدم حيطة أو إهمال و أدى تصرفه هذا إلى الإضرار بالغير وجب عليـه في هذه الحالة تحمل تبعة أعماله واصلاح تلك الأضرار و الغرم بالغنم، و هذا الوصف ينطبق علـى حالة مضار الجوار الغير مألوفة و المتضمنة في نص المادة 691 من الق.م.ج ، فيعتبر المالك الـذي ألحق بجاره ضررا غير مألوف مسؤولا ، لا لأنه ارتكب خطأ، بل لأنه يتحمل تبعة نشاطه، فهـو الذي يستفيد من استعماله لملكه، فمن العدل أن يتحمل تبعة هذا الاستعمال.

---

(1): أبـو زيـد عبـد البـاقي، المـجلة الكويتيـة، المرجـع الـسابق،ص150،و Risque et responsabilité,op.cit,p845,846.

زد على ذلك فإن القانون المدني الجزائري و القوانين العربية الأخرى استمدت فكرة التعـسف في استعمال الحق من الشريعة الإسلامية و هذه الأخيرة و كما بيناه لم تبني التعـسف علـى فكـرة الخطأ(1)، و خاصة فيما يخص التعسف في استعمال حق الملكية و ما قد ينشأ عنه مـن مـضار الجوار، إذ أن التعسف هنا لا يقوم على المعيار الذاتي أو الشخصي بل على المعيار المادي المحـض المستوحى من الاصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح و درء المفاسـد، و هـذا الأصل العام يؤيد نظرية التعسف إذ يقيم جانبا منها على معيار الموازنة، و لعلى هذا الاصل هـو الذي حدا بفقهاء الحنفية إلى القول بنظرية الإستحسان، كما حمل المالكية و الحنابلـة إلى القـول بقاعدة سد الذرائع و بالإستصلاح(2).

و مجمل هذه القواعد تؤيد و تعزز بأن التعسف يقوم على فكرة الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من نفع و ما يترتب عن فعله من مفسدة دون محاولة البحث عن توافر عنصر الخطـأ مـن جانب المتعسف.

و عليه كان أحرى بالمشرع الجزائري بوضع نظرية التعسف ضمن أحكام الباب الأول من القانون المدني المتعلق بالأحكام العامة، لما للنظرية من بسط على جميع نواحي القانون و يتجنـب بـذلك الإلتباس الذي وقع عندما نص عليها في الباب المتعلق بالأشعاص الطبيعية و الاعتبارية، و لا بـأس من النص على نصوص أخرى في القانون المدني كتطبيقات للنظرية كما هو الحال بالنسبة لمـضار الجوار الغير مألوفة.

و ﺬا يعطي للقضاة نوع من المرونة في الأحكام التي سيتخدو ا تطبيقا للقانون، فيسندوا التعسف في استعمال الحق تارة إلى المسؤولية المدنية التي قوامها الخطأ و تارة أخرى إلى أحكام المـسؤولية المدنية الموضوعية أي المسؤولية بدون خطأ بحسب حالات التعسف التي تعرض عليهم

---

(1): علي علي سليمان، المرجع السابق،ص218

(2): و من القواعد أيضا قاعـدة الحيـل و مراعـاة الخـلاق،الموافقـات لأبي اسـحاق الـشاطبي،ا لمد الرابع،ص194 ـ نظرية التعسف، فتحي الذريني، المرجع السابق،ص68

و الواقع أن بداية الخلاف في تكييف التعسف في استعمال الحق كان في الخلاف في تعريف الخطأ ذاته و أن الإختلاف في تعريف هذا الأخير راجع بدرجة كبيرة إلى اختلاف الديانات و المذاهب و الإيديولوجيات المعتنقة و مدى إمكانية إدخال القواعد الأخلاقية في ا ال القانوني.

فرغم أن الكثير من الفقهاء لا ينكرون ما لفكرة التعسف من صبغة أخلاقية - إذ أنه يعبر عن حالة نزاع بين الحق المعترف به للشخص و بين الواجب الأخلاقي، حيث إذا ما تم الإخلال ذا الأخير يصبح استعمال الحق في هذه الحالة استعمالا غير شرعيا(1) - إلا أ م على حذر دائم خوفا مـن تداخل علم القانون بمبادئ الأخلاق و المثل العليا المستبعدة من المدارس القانونية التي ينتمون إليها كما جاء ذلك على لسان ريبار إذ يقول:

(IL faut voir donc quelle mesure notre droit civil peut admettre cette limitation des droits positifs par respect pour la loi morale)(2).

فهذه المقولة تظهر لنا جليا هذا التخوف حتى و إن كان الكثير من الفقهاء يأملون في تحقيق هـذه الرغبة، لأن إبعاد القواعد الأخلاقية عن ا ال القانوني قد يؤدي إلى صعوبة تطبيـق القـانون لأن الكثير من الناس لا يطبقون القانون لأنه ملزم فحسب بل و أيضا لأ م يعتقدون بأنه قانون عادل فيذعنون له(3)، إذ من العدل مثلا أن يتحمل الأفراد الذين يستفيدون من ممارسة حقوقهم الأضرار الناتجة عن هذه الممارسة حتى وإن لم يرتكبوا أخطاء(4).

فمن خلال كل هذا يجب على المشتغلين في الحقل القانوني أن يتيقنوا بأن القاعدة القانونية لا يمكن أن تنشأ بمعزل عن المبادئ الأخلاقية، التي يجب أن يؤسس القانون على ضوئها و على القاضي في الأخير تطبيقها.

----

(1): L'abus de droit dit très justement M, Savatier : un cap de conflit entre le droit et la morale, Ripert, la règle morale dans les obligation, op.cit, p178.
(2): Ripert, ebide, p178.
(3): L'adhésion des cœurs et la meilleure garantie de l'obéissance des actes, Dabin, op.cit, p23.
(4): آراء في القانون، About Law: تونى أونوريه، ترجمة مصطفى رياض - الطبعة العربية1 - القاهرة: الجمعية المصرية لنشر المعرفة و الثقافة العالمية،1998،ص 10، 11، 12 ،129، 130.

قائمة المراجع:

أ- باللغة العربية:

في القانون:

1- توني أونوريه. آراء في القانون، About Law، ترجمة مصطفى رياض – القاهرة: الجمعية المصرية لنشر المعرفة و الثقافة العالمية – الطبعة العربية1، 1998.

2- د. حسين عامر. المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية – دار المعارف، الطبعة الثانية، 1979.

3- د. شمس الدين الوكيل. دروس في القانون – الإسكندرية – منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 1966.

4- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام – لبنان: دار إحيىء التراث العربي.

5- د. علي علي سليمان. النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري – ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر – الطبعة السادسة، 2005.

6- د. علي فيلالي. مصادر الالتزام.

7- د. فتحي الدريني. الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده. بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1977.

8- د. فتحي الدريني. نظرية التعسف في استعمال الحق. بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1977.

9- د.محمد حسنين. الوجيز في نظرية الحق بوجه عام. الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.

10- د. محمدي فريدة – زواوي- المدخـل للعلوم القـانونيـة – نظرية الحق – الجـزائر: Les éditions internationales. .1997

في الشريعة الإسلامية:

1- الشيخ العلامة شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن القيم الجوزية – الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية – مكتبة المؤيد – بيروت – لبنان – الطبعة الأولى، 1989.

2- الإمام أبو إسحاق الشاطبي. الموافقات في أصول الشريعة – دار المعرفة – بيروت – لبنان – ا لمد الثاني، 1975.

3- الإمام الباجي. المنتقى شرح موطأ الإمام مالك – دار الكتاب العربي – بيروت، الطبعة الرابعة، الجزء السادس، 1984.

4- ابن محمد الشوكاني. نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار – دار القلم – بيروت – ا لمد الثالث، الجزء الخامس.

5- الإمام أحمد ابن حنبل. المسند – دار الكتب العالمية – الجزء الرابع – بيروت، لبنان – الطبعة الأوتى، 1993.

6- الشيخ محمد علي الصابوني. صفوة التفاسير – دار الفكر للطباعة و التوزيع – بيروت، الجزء الأول، 2001.

7- الشيخ محمد علي الصابوني، الدكتور صالح أحمد رضا – مختصر تفسير الطبري – مكتبة الرحاب – الجزائر – ا لمد الأول، 1991.

8- أحمد الزرقاء. شرح القواعد الفقهية. بيروت – لبنان: دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1983.

الدوريات باللغة العربية:

1- د. أبو زيد عبد الباقي – تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير مألوفة (دراسة تحليلية انتقادية في القانون المقارن و فقه الشريعة الإسلامية) – مجلة الحقون – الكويت – العدد الثاني، السنة السابعة، يونيو 1983.
2- د. العربي بلحاج – مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية و السياسية و الإقتصادية – الجزائر – العدد الرابع، سنة 1992.
3- د. أنور سلطان – نظرية التعسف في استعمال حق الملكية – مجلة القانون و الاقتصاد – القاهرة – العدد الثاني، سنة 17.
4- ا لمة القضائية – اليوان الوطني للأشغال التربوية – العدد 2، 1989 – العدد 1، 2 سنة 2001 – العدد 1 سنة 2002.

ب- باللغة الفرنسية:

1- Carbonnier, Jean. Les biens et les obligations –Presse universitaire de France, 5ème édition, T2, 1967.

2- Dabin, Jean. Théorie générale du droit.

3- Josserand, Louis. Essai de téléologie juridique, L'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits – Paris – Librairie Dalloz, 1927.

4- Mazeaud et Tunc, traité théorique et pratique de la responsabilité civil, Paris, T1, 6ème édition. 1939.

5- Ripert, George. La règle morale dans les obligations civiles – Librairie générale de droit et de jurisprudence – Paris – 3ème édition, 1935.

الدوريات بالفرنسية:

1- Charmont, Jean. L'abus de droit – Revue trimestrielle de droit civil – Librairie de la société de recueil général des lois et des arrêts, ancienne maison. La rose et forcel – T1, 1902.

2- Risque et responsabilité. A propos de deux thèses récentes : M. Teisseire. Essai d'une théorie général sur le fondement de la responsabilité. Th Aix 1901, Ripert. De l'Exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines. Th Aix 1902 – revue trimestrielle de droit civil, 1902.

3- Juriss. Classeur, édition technique, volume 1, année 1990, fasc.131.1.

الفهرس

المقدمة: 01

الفصل الأول :غائية الحق و المسؤولية المدنية كوسيلة لتعويض الضرر 10

المبحث الأول :الحق و الغاية من تشريعه 10

المطلب الأول:فكرة الحق وفق المذاهب المختلفة 10

الفرع الأول: الحق من منظور المذهب الفردي 10

الفرع الثاني : الحق من منظور المذهب الاجتماعي 11

الفرع الثالث: الحق من منظور الفقه الإسلامي 12

المطلب الثاني: غاية تشريع الحق منع الإضرار بالغير 15

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية وسيلة تعويض الضرر الناتج عن التعسف 17

المطلب الأول: التعسف في القانون الجزائري و القانون المقارن 18

الفرع الأول: التعسف في القانون المقارن 18

الفرع الثاني: التعسف في القانون الجزائري و مختلف التشريعات العربية 20

المطلب الثاني: المسؤولية المدنية وسيلة تعويض الضرر 23

الفرع الأول: الخطأ أساس للمسؤولية المدنية. 23

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية بدون خطأ. 26

الفصل الثاني: حالات التعسف ومبنى المسؤولية عند توافرها 29

المبحث الأول: معايير التعسف في استعمال الحق 29

المطلب الأول: المعايير الفقهية 29

الفرع الأول: معايير وردت في الفقه المقارن 30

الفرع الثاني: معايير وردت في الفقه الإسلامي 32

المطلب الثاني: المعايير التشريعية 37

المبحث الثاني: الأساس القانوني المعتمد لتوقيع الجزاء على المتعسف 44

المطلب الأول: في حالة استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير 45

المطلب الثاني: في حالة استعمال الحق بدون قصد الإضرار 48

الفرع الأول: استعمال الحق دون مصلحة جدية 49

الفرع الثاني: استعمال الحق استعمالا عاديا 50

الخاتمة 74